

Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages

Begriff, sachlicher Geltungsbereich,
Vertragsabwicklungsstörung, Vertragsbeendigung

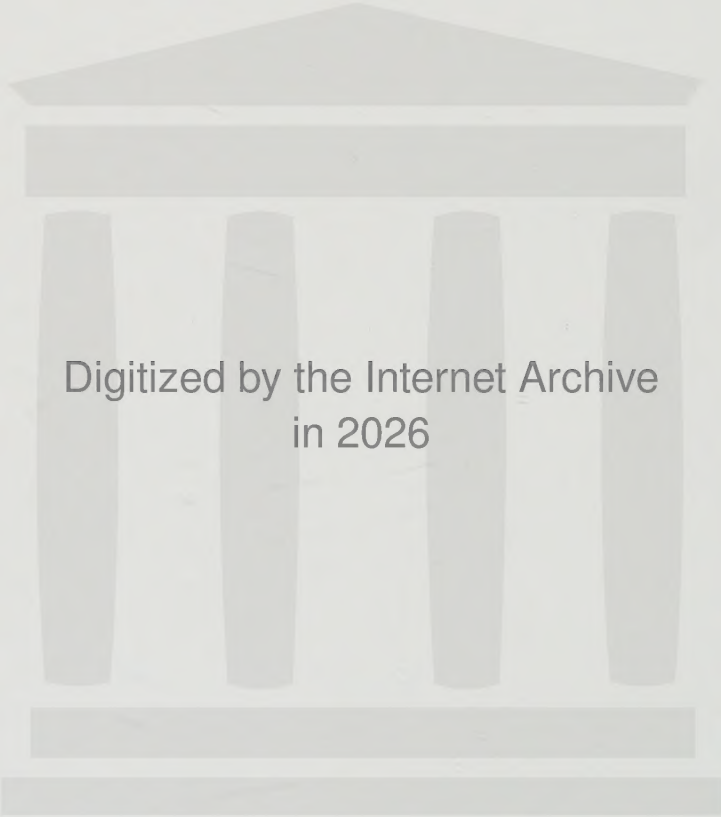
DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
DANIEL SAUTER
von Zürich

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

1982
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages

Begriff, sachlicher Geltungsbereich,
Vertragsabwicklungsstörung, Vertragsbeendigung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
DANIEL SAUTER
von Zürich

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 26. Mai 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. E. Stark



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 8 der

Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger und
Prof. Dr. oec. Walter R. Schluep

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1982
ISBN 3 7255 2231 6

Druck: Huber Druck AG, Entlebuch

Meinen Eltern und Verena

EINLEITUNG

Diese Arbeit handelt vom Sukzessivlieferungsvertrag (SLV) mit Kaufcharakter. Er ist in der Wirtschaft sehr verbreitet. Trotzdem wird er vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.

Zahlreiche Rechtsprobleme ergeben sich aus seiner Natur als Dauervertrag. Dies soll an einem einzelnen Beispiel gezeigt werden: Die Parteien eines Sukzessivlieferungsvertrages (SLV) vereinbaren, dass der Lieferant eine bestimmte Ware während einer längeren Zeitspanne ratenweise dem Abnehmer gegen Bezahlung liefere. Während der Abwicklung des Vertrages weisen einzelne Warenraten Mängel auf: Kann der Abnehmer Wandelung, Minderung oder Nachlieferung geltend machen? Kann er Wandelung bezüglich aller, bereits gelieferten Warenraten verlangen? Steht dem Abnehmer auch das Recht zu, den noch nicht erfüllten Vertragsteil aufzulösen? Unter welchen Voraussetzungen soll dies möglich sein? Kann der Abnehmer den noch nicht erfüllten Vertragsteil auch auflösen, falls er bezüglich der mangelhaften Warenraten das Minderungsrecht geltend macht? Muss er unverzüglich erklären, er wolle den noch nicht erfüllten Vertragsteil auflösen?

Im 1. Kapitel werden die faktischen Grundlagen des SLV besprochen. Im 2. Kapitel sollen der Begriff und die Rechtsnatur erläutert werden, um anschliessend Abgrenzungsprobleme gegenüber anderen Verträgen zu behandeln. Im 3. Kapitel ist von möglichen Störungen in der Vertragsabwicklung die Rede. Dabei wird stets unterschieden, ob die jeweilige Vertragsverletzung (nur) Wirkungen innerhalb des

einzelnen Leistungspaares (Warenrate / Preisrate) hat oder auch für den ganzen noch nicht erfüllten Vertragsteil. Das 4. Kapitel handelt von der Beendigung des SLV. Im 5. Kapitel werden wichtige Teile des Besprochenen zusammengefasst.

INHALTSUEBERSICHT

Einleitung.....	V
Literaturverzeichnis.....	XIX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXV

1. Kapitel

Faktische Grundlagen	1
----------------------	---

§ 1 Reale Erscheinungsformen.....	1
§ 2 Wirtschaftliche Funktionen.....	4
§ 3 Terminologie.....	6

2. Kapitel

Rechtliche Grundlagen	8
-----------------------	---

1. Abschnitt

Begriff und Rechtsnatur	8
-------------------------	---

§ 4 Begriff des Sukzessivlieferungsvertrages.....	8
§ 5 Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Innominat- vertrag.....	11
§ 6 Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Dauer- vertrag.....	18
§ 7 Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein einheit- licher Vertrag.....	26
§ 8 Sukzessive Lieferung in beschränkt selb- ständigen Raten.....	34
§ 9 Nachträgliche Bestimmung der Raten.....	40

2. Abschnitt

Abgrenzungsprobleme 49

§ 10	Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldverhältnis.....	49
§ 11	Sukzessivlieferungsvertrag und Alleinvertriebsvertrag.....	52
§ 12	Abgrenzung des Sukzessivlieferungsvertrages vom Werkvertrag.....	54
§ 13	Abgrenzung des Sukzessivlieferungsvertrages vom Abzahlungsvertrag.....	58

3. Kapitel

Vertragsabwicklungsstörung 79

§ 14	Rechtsanwendung bei Innominatkontrakten.....	79
§ 15	Verzug im Sukzessivlieferungsvertrag.....	85
§ 16	Schlechterfüllung im Sukzessivlieferungsvertrag..	133
§ 17	Nachträgliche Lieferungsunmöglichkeit im Sukzessivlieferungsvertrag.....	160

4. Kapitel

Vertragsbeendigung 170

§ 18	Ordentliche Beendigung des Sukzessivlieferungsvertrages.....	170
§ 19	Ausserordentliche Beendigung des Sukzessivlieferungsvertrages.....	174

5. Kapitel

Rückblick und Zusammenfassung 176

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung.....	V
Literaturverzeichnis.....	XIX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXV

1. Kapitel

Faktische Grundlagen	1
----------------------	---

§ 1 Reale Erscheinungsformen.....	1
§ 2 Wirtschaftliche Funktionen.....	4
§ 3 Terminologie.....	6

2. Kapitel

Rechtliche Grundlagen	8
-----------------------	---

1. Abschnitt

Begriff und Rechtsnatur	8
-------------------------	---

§ 4 Begriff des Sukzessivlieferungsvertrages.....	8
I. Definition.....	8
II. Analyse der Definition.....	9
§ 5 Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Innominatver- trag.....	11
I. Begriffe.....	11
1. Nominatverträge, Innominatverträge.....	11
2. Verträge eigener Art, gemischte Verträge..	11
II. Zulässigkeit von Innominatverträgen.....	12
III. Lehre und Rechtsprechung zur Frage der Rechtsnatur des Sukzessivlieferungsvertrages.	14

1. Lehre.....	14
a) Sukzessivlieferungsvertrag als Kauf....	14
b) Sukzessivlieferungsvertrag als besondere Art des Kaufes.....	14
c) Sukzessivlieferungsvertrag als Innominatvertrag.....	15
2. Rechtsprechung.....	15
IV. Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Innominatvertrag mit Kaufcharakter.....	16
§ 6 Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Dauervertrag..	18
I. Lehre zum Begriff des Dauervertrages.....	18
II. Lehre zum Verhältnis zwischen Sukzessivlieferungsvertrag und Dauervertrag.....	19
III. Dauervertrag im engen und im weiten Sinn.....	21
1. Dauervertrag im engen Sinn.....	21
2. Dauervertrag im weiten Sinn.....	22
IV. Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein Dauervertrag im engen oder im weiten Sinn.....	23
§ 7 Der Sukzessivlieferungsvertrag, ein einheitlicher Vertrag.....	26
I. Einheitlicher Vertrag.....	26
II. Vertrag über eine Gattungsschuld.....	27
III. Kein Vorvertrag.....	29
1. Allgemeines zum Problem des Vorvertrages..	29
2. Kein Vorvertrag bei bestimmten Leistungen.	30
3. Kein Vorvertrag bei bestimmbaren Leistungen.....	30
§ 8 Sukzessive Lieferung in beschränkt selbständigen Raten.....	34
I. Rechtsnatur der Rate.....	34
1. Selbständigkeit der Rate.....	34

2. Beschränkte Selbständigkeit der Rate.....	36
II. Sukzessive Lieferung in Raten.....	37
III. Sukzessive Bezahlung des Preises.....	38
§ 9 Nachträgliche Bestimmung der Raten.....	40
I. Allgemeines.....	40
II. Sukzessivlieferungsvertrag mit Abrufklausel..	42
1. Abruf als einseitiges Gestaltungsrecht....	42
2. Abruf als Pflicht.....	43
a) Beim Kaufvertrag.....	43
b) Beim Sukzessivlieferungsvertrag.....	45
3. Abruffrist.....	46
III. Sukzessivlieferungsvertrag mit Bedarfsklausel	47
IV. Sukzessivlieferungsvertrag mit Spezifikationsklausel.....	48
2. Abschnitt	
Abgrenzungsprobleme	49
§ 10 Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehr- schuldverhältnis.....	49
I. Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses....	49
II. Kritik am Begriff des Wiederkehrschuld- verhältnisses.....	50
§ 11 Sukzessivlieferungsvertrag und Alleinvertriebs- vertrag.....	52
I. Begriff und Rechtsnatur des Allein- vertriebsvertrages.....	52
II. Verhältnis des Sukzessivlieferungsvertrages zum Alleinvertriebsvertrag.....	53

§ 12	Abgrenzung des Sukzessivlieferungsvertrages vom Werkvertrag.....	54
I.	Begriff und Rechtsnatur des Werkvertrages....	54
II.	Abgrenzung des Sukzessivlieferungsvertrages vom Werklieferungsvertrag.....	55
§ 13	Abgrenzung des Sukzessivlieferungsvertrages vom Abzahlungsvertrag.....	58
I.	Begriff und Geltungsbereich des Abzahlungsvertrages.....	58
1.	Begriff und Geltungsbereich gemäss gültigem Recht.....	58
2.	Begriff und Geltungsbereich gemäss dem Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 12. Juni 1978.....	61
II.	Abgrenzung des Sukzessivlieferungsvertrages vom Abzahlungsvertrag.....	63
1.	Abgrenzung gemäss gültigem Recht.....	63
a)	Grundsätzlich verschiedene Natur von Sukzessivlieferungsvertrag und Abzahlungsvertrag.....	63
b)	Abgrenzungsprobleme im einzelnen.....	69
aa)	Echter Sukzessivlieferungsvertrag, unechter Sukzessivlieferungsvertrag	69
bb)	Echter Sukzessivlieferungsvertrag mit Subskriptionsangebot, unechter Sukzessivlieferungsvertrag mit scheinbarem Subskriptionsangebot...	72
2.	Abgrenzung gemäss dem Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 12. Juni 1978.....	77

3. Kapitel

Vertragsabwicklungsstörung	79
----------------------------	----

§ 14	Rechtsanwendung bei Innominatkontrakten.....	79
------	--	----

I.	Allgemeines.....	79
1.	Auslegung.....	79
2.	Ergänzung.....	80
II.	Rechtsanwendung beim Sukzessivlieferungs- vertrages.....	83
§ 15	Verzug im Sukzessivlieferungsvertrag.....	85
I.	Allgemeines.....	85
1.	Begriff und Voraussetzungen des Verzuges..	85
2.	Besondere Verzugsprobleme im Sukzessiv- lieferungsvertrag als Dauerschuldver- hältnis.....	86
3.	Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Sukzessivlieferungsvertrages.....	88
II.	Verzug des Abnehmers mit der Zahlung.....	90
1.	Rechtsfolgen des Verzuges für das einzelne Leistungspaar.....	90
a)	Verzugszins.....	90
b)	Ersatz des Verspätungsschadens.....	91
c)	Wahlrecht des Lieferanten gemäss Art. 107 ff. und Art. 214 OR.....	91
aa)	Wahlrecht mit Bezug auf die einzelne(n) Rate(n).....	91
bb)	Voraussetzung und Inhalt des Wahlrechtes.....	92
2.	Rechtsfolgen des Verzuges für den noch nicht erfüllten Teil des Sukzessiv- lieferungsvertrages.....	96
a)	Problem der Anwendbarkeit der Verzugsbestimmungen.....	96
aa)	Anwendbarkeit der allgemeinen Verzugsbestimmungen (Art. 107 - 109 OR).....	98
aaa)	Anwendbarkeit.....	98
bbb)	Nichtanwendbarkeit.....	99
bb)	Anwendbarkeit der besonderen Verzugsbestimmung (Art. 214 Abs. 1 OR).....	104

aaa)	Anwendbarkeit.....	104
bbb)	Nichtanwendbarkeit.....	104
b)	Problem der Voraussetzungen zur Vertragsauflösung.....	106
aa)	Positive Vertragsverletzung.....	107
bb)	Vertragszweckgefährdung.....	109
c)	Vertragsauflösung aus wichtigem Grund..	110
aa)	Zulässigkeit der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei Dauerver- trägen.....	110
aaa)	Vertragsauflösung aus wichti- gem Grund bei im OR geregelten Dauerverträgen.....	110
bbb)	Vertragsauflösung aus wichti- gem Grund beim Sukzessivlie- ferungsvertrag.....	112
bb)	Zahlungsverzug als möglicher, wichtiger Grund zur Auflösung des Sukzessivlieferungsvertrages.....	114
3.	Zusammenfassung.....	116
III.	Verzug des Lieferanten mit der Sachleistung..	117
1.	Rechtsfolgen des Verzuges für das einzelne Leistungspaar.....	117
a)	Ersatz des Verspätungsschadens.....	117
b)	Haftung für Zufall.....	117
c)	Wahlrecht des Abnehmers gemäss Art. 107 ff. und Art. 190 OR.....	118
aa)	Wahlrecht mit Bezug auf die einzelne(n) Rate(n).....	118
bb)	Voraussetzung und Inhalt des Wahlrechtes.....	118
2.	Rechtsfolgen des Verzuges für den noch nicht erfüllten Teil des Sukzessivliefe- rungsvertrages.....	122
a)	Problem der Anwendbarkeit der Verzugs- bestimmungen.....	122
aa)	Anwendbarkeit der allgemeinen Verzugsbestimmungen (Art. 107 - 109 OR).....	123

aaa) Anwendbarkeit.....	123
bbb) Nichtanwendbarkeit.....	123
bb) Nichtanwendbarkeit der besonderen Verzugsbestimmung (Art. 190 OR)....	126
b) Problem der Voraussetzungen zur Vertragsauflösung.....	127
aa) Positive Vertragsverletzung.....	128
bb) Vertragszweckgefährdung.....	128
c) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund..	129
aa) Zulässigkeit der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei Dauerver- trägen.....	129
aaa) Vertragsauflösung aus wichti- gem Grund bei im OR geregelten Dauerverträgen.....	129
bbb) Vertragsauflösung aus wichti- gem Grund beim Sukzessivliefe- rungsvertrag.....	129
bb) Lieferungsverzug als möglicher, wichtiger Grund zur Auflösung des Sukzessivlieferungsvertrages.....	130
3. Zusammenfassung.....	132

§ 16 Schlechterfüllung im Sukzessivlieferungsvertrag... 133

I. Allgemeines..... 133

1. Besondere Probleme der Schlechterfüllung im Sukzessivlieferungsvertrag als Dauer- schuldverhältnis.....	133
2. Rechtsmängel und Sachmängel.....	134

II. Schlechterfüllung..... 136

1. Rechtsfolgen der Schlechterfüllung für das einzelne Leistungspaar: Sachgewährleistung 136

a) Begriff und Voraussetzungen der Sach- gewährleistung.....	136
aa) Mangelhaftigkeit der Ware.....	136
bb) Unkenntnis der Mangelhaftigkeit beim Abnehmer.....	140
cc) Mängelrüge.....	141

b) Wahlrecht des Abnehmers gemäss Art. 205 ff. OR.....	142
aa) Wahlrecht mit Bezug auf die einzelne(n) Rate(n).....	142
bb) Voraussetzung und Inhalt des Wahlrechtes.....	143
aaa) Wandelung.....	143
bbb) Minderung.....	146
ccc) Nachlieferung.....	147
2. Rechtsfolgen der Schlechterfüllung für den noch nicht erfüllten Teil des Sukzessivlieferungsvertrages.....	148
a) Problem der Anwendbarkeit der Sachge- währleistungsbestimmungen.....	148
aa) Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Wandelung (Art. 205, 208, 209 OR).....	149
aaa) Anwendbarkeit.....	149
bbb) Nichtanwendbarkeit.....	150
bb) Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen über die Minderung und Nachliefe- rung (Art. 205, 206 OR).....	152
b) Problem der Voraussetzungen zur Ver- tragsauflösung.....	152
aa) Positive Vertragsverletzung.....	153
bb) Vertragszweckgefährdung.....	153
c) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund..	155
aa) Zulässigkeit der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei Dauerver- trägen.....	155
aaa) Vertragsauflösung aus wichti- gem Grund bei im OR geregelten Dauerverträgen.....	155
bbb) Vertragsauflösung aus wichti- gem Grund beim Sukzessivlie- ferungsvertrag.....	155
bb) Mangelhafte Lieferung als mögli- cher, wichtiger Grund zur Auflösung des Sukzessivlieferungsvertrages...	156
3. Zusammenfassung.....	159

§ 17 Nachträgliche Lieferungsunmöglichkeit im Sukzessivlieferungsvertrag.....	160
I. Allgemeines.....	160
1. Anfängliche und nachträgliche Unmöglich- keit.....	160
2. Nachträgliche Unmöglichkeit des Lieferan- ten.....	161
II. Nachträgliche Lieferungsunmöglichkeit.....	162
1. Rechtsfolgen der nachträglichen Liefere- rungsunmöglichkeit für das einzelne Leistungspaar.....	162
a) Begrenzte Unmöglichkeit.....	162
aa) Kein Verschulden des Lieferanten...	163
bb) Verschulden des Lieferanten.....	164
2. Rechtsfolgen der nachträglichen Liefere- rungsunmöglichkeit für den noch nicht erfüllten Teil des Sukzessivlieferungs- vertrages.....	165
a) Völlige Unmöglichkeit.....	165
aa) Kein Verschulden des Lieferanten...	166
bb) Verschulden des Lieferanten.....	166
b) Begrenzte Unmöglichkeit.....	167
aa) Zulässigkeit der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund beim Sukzessiv- lieferungsvertrag.....	167
bb) Begrenzte Unmöglichkeit als mög- licher, wichtiger Grund zur Auf- lösung des Sukzessivlieferungs- vertrages.....	168
3. Zusammenfassung.....	169

4. Kapitel

Vertragsbeendigung	170
--------------------	-----

§ 18 Ordentliche Beendigung des Sukzessivlieferungs- vertrages.....	170
I. Allgemeines.....	170

II.	Erfüllung.....	171
III.	Zeitablauf.....	171
IV.	Kündigung.....	172
	1. Vertragliche Kündigung.....	172
	2. Gesetzliche Kündigung.....	172
§ 19	Ausserordentliche Beendigung des Sukzessiv- lieferungsvertrages.....	174
I.	Völlige Unmöglichkeit.....	174
II.	Auflösung des Sukzessivlieferungsvertrages aus wichtigem Grund.....	174

5. Kapitel

Rückblick und Zusammenfassung	176
-------------------------------	-----

LITERATURVERZEICHNIS

Die im Literaturverzeichnis angeführten Werke und Abhandlungen werden in der ganzen Arbeit mit dem Namen des Verfassers zitiert, bei mehreren Publikationen des gleichen Autors mit einem zusätzlichen Stichwort. Die in Periodika erschienenen Schriften werden mit Angabe der Zeitschrift zitiert.

BECKER, H., Berner Kommentar, Bd. VI, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 - 183 OR (2. A. Bern 1941).

-- Berner Kommentar, Bd. VI, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184 - 551 OR (Bern 1934).

BEINERT, DIETER, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, in: Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 90 (Bielefeld 1979).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 12. Juni 1978, in: Schweizerisches Bundesblatt 130 (1978) Bd. II/1, S. 485 ff., zit. Botschaft.

BUCHER, EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht (Zürich 1979).

-- Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer) in: ZSR 89 I (1970) S. 281 ff.

BÜHLMANN, FRITZ, Die Energielieferungsverträge in der schweizerischen Elektrizitätsindustrie (Diss. Bern 1920).

VON BÜREN, BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964).

BURKHARDT, URS, RUDOLF, Der Fernkursvertrag (Diss. Zürich 1974).

- CAVIN, PIERRE, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1: Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse (Basel und Stuttgart 1977).
- COMMENT, ALBERT, Kauf, Definition und Arten des Kaufes, in: SJK 216a.
- DESCHENAUX, HENRI, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht (Basel und Stuttgart 1967).
- EGGER, AUGUST, Rechtsnatur und Auslegung eines Lieferungsvertrages mit Alleinvertriebsrecht des Abnehmers, in: August Egger, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, herausgegeben von Walther Hug, Bd. II (Zürich 1957) S. 143 ff.
- ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse (15. Bearbeitung von Lehmann, Tübingen 1958).
- FISCHER, EUGEN, Die rechtliche Würdigung von Kursverträgen, in: BJM (1971) S. 205 ff.
- GAUCH, PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen, in: Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 34 (Diss. Freiburg 1968) zit. Gauch, Dauervertrag.
- Der Unternehmer im Werkvertrag (2.A. Zürich 1977) zit. Gauch, Werkvertrag.
- GAUTSCHI, GEORG, Berner Kommentar, Bd. VI/2, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363 - 379 OR (Bern 1967).
- GESSLER, DIETER, Beitrag zur Lehre vom Veranstaltungsvertrag unter besonderer Berücksichtigung von Abgrenzungskriterien (Diss. Zürich 1979).
- v. GIERKE, OTTO, Dauernde Schuldverhältnisse, in: Jherings Jahrb., Bd. 64 (1914) S. 355 ff.

- GIGER, HANS, Berner Kommentar, Bd. VI/2, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch - Die Schenkung, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184 - 215 OR (Bern 1979).
- Systematische Darstellung des Abzahlungsrechts unter besonderer Berücksichtigung von Fernkurs-, Unterrichts-, Mietkauf- und Leasingvertrag (Zürich 1972) zit. Giger, Abzahlungsrecht.
- Verstärkter Sozialschutz als Leitbild des Gesetzgebers im neuen Konsumentenkreditrecht, in: Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, herausgegeben von Hans Giger und Walter R. Schlupe, Bd. 1, Entwicklungstendenzen im schweizerischen Konsumentenkreditrecht (Zürich 1979) zit. Giger, Sozialschutz.
- Kommentar zum geplanten Konsumkreditgesetz, in: Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, herausgegeben von Hans Giger und Walter R. Schlupe, Bd. 2 (Zürich 1980) zit. Giger, Konsumkreditgesetz.
- GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht (7. A. Zürich 1980).
- GUJER, HANS, Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber (Diss. Zürich 1947).
- HEINZ-BOMMER, CORNELIA, Die Annahmepflicht des Käufers nach Art. 211 OR, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bd. 393 (Diss. Bern 1970).
- HÜRLIMANN, HANS, Der Sukzessivlieferungs-Kaufvertrag (Diss. Bern 1940).
- JEANPRÊTRE, RAYMOND, L'article 226m CO, Le champ d'application des dispositions sur la vente par acomptes: état de la jurisprudence, in: SJZ 74 (1978) S. 269 ff.
- KELLER, MAX, Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, in: SJZ 57 (1961) S. 313 ff.
- KELLER/LORTSCHER, Kaufrecht, Eine systematische Darstellung (Zürich 1980).

- KLAUSER, PETER, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen (Diss. Zürich 1973).
- KOLLER, THOMAS, "Die Tücken eines Lexikons" oder "Die Anwendung abzahlungsrechtlicher Normen auf Sukzessivlieferungsverträge", in: SJZ 75 (1979) S. 53 ff.
- LARENZ, KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil (12. A. München 1979).
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 1 und 4 ZGB (Bern 1962).
- Gesetzlich nicht geregelte Verträge, I : Allgemeines - Verträge "sui generis", II: Gemischte Verträge, in: SJK 1134/1135.
- MERZ, HANS, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 ZGB (Bern 1962).
- NEUENSCHWANDER, MARKUS, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bd. 405 (Diss. Bern 1971).
- OFTINGER, KARL, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2. A. Zürich 1973) zit. Oftinger, Bundesgerichtspraxis.
- Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in: ZSR 58 (1939) S. 178 ff., zit. Oftinger, Auslegung und Ergänzung.
- Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung (Zürich 1948) S. 315 ff., zit. Oftinger, Die Vertragsfreiheit.
- OSER/SCHONENBERGER, Zürcher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, 1. Teil: Art. 1 - 183 (2.A. Zürich 1929), 2. Teil: Art. 184 - 418 (2.A. Zürich 1936).
- PALANDT/jeweiliger Bearbeiter, Kurzkomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (37. A. München 1978).

- PEDRAZZINI, MARIO M., Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1: Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse (Basel und Stuttgart 1977).
- POZZY, CUNO, Begriff und Anwendung des "wichtigen Grundes" im schweiz. Zivilgesetzbuch (Diss. Bern 1917).
- ROGGWILLER, HANS, Der "wichtige Grund" und seine Anwendung in ZGB und OR (Diss. Zürich 1956).
- RUSSENBERGER, WALTER, Der Spezifikationskauf nach schweizerischem Obligationenrecht (Diss. Zürich 1918).
- SCHLUEP, WALTER R., Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2: Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse (Basel und Stuttgart 1979); erschienen als Separatdruck (Basel und Stuttgart 1979).
- SCHONENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, Bd. V, Obligationenrecht, Art. 1 - 17 OR (3. A. Zürich 1973).
- SCHUBIGER, ALFRED, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff. - OR 97 ff. (Diss. Bern 1957).
- SOERGEL/jeweiliger Bearbeiter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Hs. Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, Bd. II, Schuldrecht I, §§ 241 - 610 (10. A. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967).
- STAUB, HERMANN, Die positiven Vertragsverletzungen (Berlin 1904) in: Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo; Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen; mit einem Nachwort von Eike Schmidt (Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969).
- STAUDINGER/WEBER, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1a, §§ 241, 243 - 248 (11. A. Berlin 1967).
- STAUDINGER/jeweiliger Bearbeiter, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 327 (12. A. Berlin 1979).

- STOFER, HELLMUT, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag (2. A. Basel und Stuttgart 1972).
- VON TUHR/SIEGWART/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, unter Mitarbeit von H. Schulin (3. A. Zürich 1979).
- VON TUHR/SIEGWART/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, unter Mitarbeit von H. Schulin (3. A. Zürich 1974).
- VETSCH, GOTTLIEB, Der Sukzessivlieferungsvertrag. Verzug, mangelhafte Erfüllung, Unmöglichkeit (Diss. Zürich 1924).
- WEIL, BRUNO, Die vorzeitige Aufhebung des Alleinvertretungsvertrages, in: SJZ 32 (1935/36) S. 293 ff.
- WELTERSBACH, FERDINAND, Rücktritt vom Sukzessivlieferungsvertrag bei mangelhafter Leistung des Verkäufers (Diss. Erlangen 1934).
- WIEMKEN, HELMUTH, Rücktritt und Schadenersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen (Diss. Basel 1931 MaschSchr.).
- WORATZ, GERHARD, Verzug, Unmöglichkeit und positive Vertragsverletzung als Ursachen des Rücktrittsrechts beim Sukzessivlieferungsvertrag (Diss. Erlangen 1936).
- WÜTHRICH, MAX, Der Bierlieferungsvertrag nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1929).
- YUNG, W., L'interprétation supplétive des contrats, in: ZBJV 97 (1961) S. 41 ff.

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a. E.	am Ende
allg.	allgemein
a. M.	anderer Meinung
Bd.	Band
bes.	besonders
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
Diss.	Dissertation
Einl.	Einleitung
f.	und folgende (Seite, Note usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Noten usw.)
gl. M.	gleicher Meinung
Jherings Jahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift (Leipzig und Berlin)
MaschSchr.	Maschinenschrift
m. E.	meines Erachtens
N	Note; Fussnote
OR ₆	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936 (und seitherige Aenderungen)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)

SLV	Sukzessivlieferungsvertrag
Verf.	Verfasser
Vorbem.	Vorbemerkungen
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

1. KAPITEL

FAKTISCHE GRUNDLAGEN

§ 1 REALE ERSCHEINUNGSFORMEN

Das Wirtschaftsleben hat zahlreiche Varianten des SLV geschaffen. In der Grundform besteht der SLV darin, dass der Lieferant in einem einheitlichen Vertrag dem Abnehmer eine bestimmte Ware während einer gewissen Zeitspanne in zeitlich aufeinanderfolgenden Raten gegen Entgelt des Abnehmers schuldet (1). Diese Grundform kann auf verschiedene Weise abgeändert werden:

Als einfachste Variante ist derjenige SLV zu betrachten, in welchem die Art der Ware, das Gesamtquantum sowie die Liefertermine der einzelnen Raten bei Vertragsschluss genau festgelegt sind.

Falls sich die Abwicklung des SLV über eine längere Zeitspanne erstreckt, bevorzugen es die Parteien häufig, den Vertrag flexibel zu gestalten, um während der Vertragsabwicklung eintretende oder ändernde Umstände berücksichtigen zu können: So wird beispielsweise vereinbart, dass der

1) Vgl. statt vieler: Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 6, S. 310.

Abnehmer (oder seltener der Lieferant) nachträglich bestimmen kann, zu welchem Zeitpunkt die einzelnen Ratenlieferungen erfolgen sollen. In diesem Fall wird der SLV meistens als "Kauf auf Abruf" bezeichnet (1). Die Parteien können auch das Recht des Abnehmers vertraglich festhalten, nachträglich Mass, Gestalt, Dimension oder Sorte der einzelnen Warenraten zu bestimmen. Der SLV wird dann zum "Spezifikationskauf" (2).

Falls die zu liefernde Gesamtmenge der Ware bzw. die Zeitspanne, während welcher die Ware benötigt wird, bei Vertragsschluss noch nicht festgelegt werden kann, haben die Parteien die Möglichkeit, den SLV als "offenen" Vertrag mit einer Kündigungsklausel auszugestalten (3).

SLV werden in der Regel über Massengüter abgeschlossen. Folgende Waren kommen beispielsweise als Vertragsgegenstand in Frage: Kohle, Erdöl, Benzin (4), Waschmittel, Bier (5), Rotwein (6), Radioempfänger, Fahrräder, Bestandteile eines Kochtopfes (7), Schlackensteine (8), Baumwollstoffe (9),

1) Gujer, Hans, Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber (Diss. Zürich 1947).

2) Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 6, S. 310.

3) Vgl. hinten S. 23.

4) SJZ 58 (1962) S. 377 f., Nr. 223.

5) BGE 50 II 256 ff.

6) ZR 4 (1905) S. 113 ff., Nr. 71.

7) ZR 40 (1941) S. 293 ff., Nr. 114.

8) BGE 59 II 305 ff.

9) BGE 52 II 137 ff.

deutsches Naturwiesenheu (1), Carbid (2), Brom (3). Grundsätzlich steht der SLV allen Waren offen, welche in grösseren Mengen hergestellt bzw. gehandelt werden. Dabei kann es sich um Naturprodukte oder um industriell hergestellte Halb- oder Endfabrikate handeln.

1) BGE 79 II 295 ff.

2) BGE 45 II 51 ff.

3) BGE 84 II 149 f.

§ 2 WIRTSCHAFTLICHE FUNKTIONEN

Die weite Verbreitung des SLV (1) widerspiegelt ein wirtschaftliches Bedürfnis: Das tatsächliche Verhältnis zwischen den Vertragspartnern führt oftmals dazu, dass sie ihre Beziehungen nicht in der Form einzelner Kaufverträge (Momentverträge), sondern in derjenigen eines einheitlichen Dauervertrages ausdrücken. Das Merkmal der Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Parteien soll im Vertrag zum Ausdruck kommen.

Durch den Abschluss eines SLV sichert sich der Lieferant einen regelmässigen Absatz seiner Produkte. Er kann zudem über eine längere Zeitspanne einen festen Preis mit dem Abnehmer vereinbaren. Dadurch gewinnt der Geschäftsverlauf an Kontinuität und erlaubt längerfristige Planung und genauere Kalkulation (2).

Auch der Abnehmer kann sich durch den Abschluss eines SLV eine regelmässige Belieferung zu festem Preis sichern. Da sich der Abnehmer oftmals zum Bezug einer grösseren Warenmenge verpflichtet, kann er diese zu günstigen Konditionen beziehen. Die gesicherte, kontinuierliche Lieferung erlaubt es ihm, die Lagerhaltung zu reduzieren. Dies ist insbesondere dann von Vorteil, wenn Einrichtung und Betrieb

1) Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 6, S. 310.

2) Vgl. auch zum folgenden: Hürlimann, S. 3 f.

eines Lagers grosse Unkosten verursachen. Indem der Abnehmer die Ware stets beim gleichen Lieferanten bezieht, kann er sich zudem vor unerwünschten Qualitätsschwankungen schützen.

Das Bedürfnis nach Kontinuität des Warenflusses und nach Qualität- und Preisstabilität ist aber nicht das einzige Motiv, welches zum Abschluss eines längerfristigen SLV führt: Die Parteien können solchen Verträgen auch einen **spekulativen Charakter** verleihen. So ist es beispielsweise möglich, den Warenpreis im Vertrag nicht genau festzulegen, sondern auf den im Zeitpunkt der Fälligkeit geltenden Marktpreis abzustellen. Dieser kann während der Vertragsabwicklung beträchtlichen Schwankungen unterliegen. Die Möglichkeit zur Spekulation ist besonders dann gegeben, wenn einer Partei allein das Recht zusteht, den Zeitpunkt der einzelnen Ratenlieferungen zu bestimmen (1).

Die bisher erwähnten, wirtschaftlichen Aspekte treffen vor allem auf den Handel mit **Massengütern** zu. Bei diesen entspricht die Staffelung in einzelne Warenraten für beide Parteien einer echten Notwendigkeit. Teilweise werden "SLV" auch über Güter abgeschlossen, bei denen die Aufteilung der Lieferung in einzelne Raten keiner echten, wirtschaftlichen Notwendigkeit entspricht (z. B.: Bücher, Schallplatten). In solchen Fällen ist stets zu prüfen, ob es sich beim fraglichen Vertrag nicht um einen **unechten** SLV handelt, mit welchem die Bestimmungen des Abzahlungsrechtes (Art. 226a ff. OR) umgangen werden (2).

1) Hürlimann, S. 4.

2) Vgl. hinten S. 69 ff.

§ 3 TERMINOLOGIE

Lehre und Rechtsprechung verwenden zahlreiche Bezeichnungen für den in dieser Arbeit zu behandelnden Vertrag: Sukzessivlieferungsvertrag (1), Sukzessivlieferungs-Kaufvertrag (2), Sukzessivlieferungskauf (3), Sukzessivlieferungsgeschäft (4), seltener Ratenvertrag, Teillieferungsvertrag. Nach dem **Vertragsgegenstand** erfolgt die Bezeichnung beim Bierlieferungsvertrag oder Bierbezugsvertrag (5) sowie beim Energielieferungsvertrag (6). Vereinbaren die Parteien eine Abruf- oder Spezifikationsklausel, so wird oft dieses Merkmal zur Begriffsbildung beigezogen. Der Vertrag wird in diesem Fall Kauf auf Abruf oder Spezifikationskauf benannt (7).

Auch für die Parteien findet man verschiedene Bezeich-

-
- 1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 73, N 120, S. 158; Giger, Art. 184, N 191; Keller/Lörtscher, S. 119; Vetsch, S. 5; BGE 84 II 150, 52 II 137.
 - 2) Hürlimann, S. 2.
 - 3) Cavin, S. 172; Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 6, S. 310.
 - 4) Oser/Schönenberger, Art. 184, N 19; BGE 79 II 295.
 - 5) Wüthrich, S. 8, 21; BGE 50 II 256.
 - 6) Bühlmann, S. 5; BGE 47 II 440.
 - 7) Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 6, S. 310; Gujer, S. 19.

nungen: Verkäufer (1), Fabrikant (2), Lieferant (3), Hersteller, bzw. Käufer, Bezüger, Abnehmer.

In der vorliegenden Arbeit verwende ich den Begriff des **Sukzessivlieferungsvertrages** (mit Kaufcharakter) und bezeichne die Vertragsparteien als **Lieferanten** und **Abnehmer** (4). Damit soll zum Ausdruck kommen, dass es sich beim SLV um einen Innominatkontrakt (mit Kaufcharakter) handelt, der nur teilweise im Gesetz geregelt ist (5). Die Umschreibung "Sukzessiv-" besagt, dass die Lieferung der geschuldeten Ware in zeitlich aufeinander folgenden Raten vereinbart wurde (6). Damit ist auch auf die Natur des SLV als Dauerschuldverhältnis hingewiesen (7). Schliesslich wird der Begriff "Sukzessivlieferungsvertrag" in Lehre und Rechtsprechung am häufigsten verwendet und hat sich auch im Handel durchgesetzt.

1) Anstatt vieler: Hürlimann, S. 17; BGE 84 II 150.

2) Gautschi, Art. 378/379, N 6.

3) BGE 47 II 440.

4) Vgl. hinten S. 8.

5) Vgl. hinten S. 16 f.

6) Vgl. hinten S. 37 ff.

7) Vgl. hinten S. 23 ff.

2. KAPITEL

RECHTLICHE GRUNDLAGEN

1. ABSCHNITT

BEGRIFF UND RECHTSNATUR

§ 4 BEGRIFF DES SUKZESSIONSLIEFERUNGSVERTRAGES

I. DEFINITION

Der SLV ist ein einheitlicher Innominat- und Dauervertrag mit Kaufcharakter, in welchem der Lieferant die in der Regel der Gattung nach bestimmte Ware in sukzessiven, beschränkt selbständigen Raten gegen Entgelt des Abnehmers schuldet.

II. ANALYSE DER DEFINITION

Beim SLV handelt es sich um einen **einheitlichen** Vertrag, welcher durch einmaligen Konsens der Vertragspartner entsteht. Die Unterteilung der vertraglichen Beziehung in einen Vorvertrag und verschiedene, nachträglich abgeschlossene Hauptverträge ist abzulehnen (1).

Der SLV gehört zu den **Dauerverträgen**, da sich die Vertragsabwicklung für beide Parteien über eine Zeitspanne von einer gewissen Dauer erstreckt (2).

Der **Kaufcharakter** ist daraus ersichtlich, dass eine Ware gegen Geld ausgetauscht wird. Der SLV gehört zur Gruppe der **Innominatverträge**, da das Gesetz die sich aus seiner Natur als Dauervertrag ergebenden Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Kauf nicht regelt (3).

Im SLV bestimmen die Parteien die geschuldete Ware in der Regel **der Gattung nach**, d. h. nach Quantität und Qualität. Speziessachen sind nur ausnahmsweise Gegenstand von SLV (4).

Der Austausch der Ware gegen Entgelt erfolgt in **sukzessiven**, d. h. zeitlich aufeinanderfolgenden Raten. Dabei

1) Vgl. hinten S. 26 ff.

2) Vgl. hinten S. 18 ff.

3) Vgl. hinten S. 16 f.

4) Vgl. hinten S. 27 f.

beruht jede einzelne Rate auf einer besonderen, aus dem SLV hervorgehenden Forderung mit einem eigenen Fälligkeits-termin. Die einzelnen Raten weisen aber nur eine **beschränkte Selbständigkeit** auf, da alle Raten aus dem einheitlichen SLV hervorgehen (1).

1) Vgl. hinten S. 34 ff.

§ 5 DER SUKZESSIONSLIEFERUNGSVERTRAG, EIN INNOMINATVERTRAG

I. BEGRIFFE

1. Nominatverträge, Innominatverträge

Die im Gesetz geregelten Vertragstypen werden **Nominatverträge** genannt. Zu den **Innominatverträgen** sind diejenigen Schuldverhältnisse zu zählen, welche das Gesetz nicht oder nur teilweise regelt (1).

2. Verträge eigener Art, gemischte Verträge

Die Innominatverträge lassen sich in zwei Gruppen gliedern: Verträge eigener Art und gemischte Verträge.

Zu den **Verträgen eigener Art** (sui generis) sind diejenigen zu zählen, deren Tatbestandsmerkmale das Gesetz nicht oder nicht vollständig regelt. Die Gruppe der **gemischten Verträge** (mixti generis) umfasst diejenigen Schuldverhältnisse, welche sich aus Tatbestandsmerkmalen verschiedener,

1) Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 1; Schluep, S. 770 f.

gesetzlich geregelter oder ungeregelter Vertragstypen zusammensetzen (1).

Die beiden genannten Gruppen schliessen einander nicht aus: Derselbe Vertragstyp kann sowohl den gemischten Verträgen als auch denjenigen eigener Art zugeordnet werden, falls sich die Mischung aus Elementen von gesetzlich geregelten und ungeregelten Vertragstypen zusammensetzt (2) (3).

II. ZULAESSIGKEIT VON INNOMINATVERTRAEGEN

Die Zulässigkeit, Verträge abzuschliessen, welche nicht im Gesetz geregelt sind, ergibt sich aus dem Grundsatz der **Vertragsfreiheit** (4). Dieser Grundsatz ist mit der im OR statuierten Form- und Inhaltsfreiheit (Art. 11 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1 OR) anerkannt (5)(6). Gemäss Art. 19 Abs. 1 OR

1) Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 1; Schluep, S. 772, 776.

2) Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 1.

3) Gemischte Verträge und Verträge eigener Art können nur dann klar gegeneinander abgegrenzt werden, falls die vorher angeführten Definitionen enger gefasst werden. Vgl. Schluep, S. 771-776.

4) Schluep, S. 777 ff.; Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 2 ff.; Oftinger, Die Vertragsfreiheit, S. 315 ff.

5) Schluep, S. 778 f.

6) Weitere Elemente der Vertragsfreiheit sind: Abschlussfreiheit, Partnerwahlfreiheit, Aufhebungsfreiheit. Vgl. Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 2; Schluep, S. 779.

können die Parteien den Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festsetzen. Es steht ihnen also frei, von den im Gesetz geregelten Vertragstypen abzuweichen, Normen verschiedener Verträge zu kombinieren oder auch völlig neue Typen zu schaffen.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt aber nur "innerhalb der Schranken des Gesetzes" (Art. 19 Abs. 1 OR). Diese Schranken gelten somit auch für Innominatverträge: Nach Art. 20 Abs. 1 OR sind Verträge mit unmöglichem, widerrechtlichem oder unsittlichem Inhalt nichtig. Zudem bestimmt Art. 19 Abs. 2 OR, dass den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen nur zulässig sind, "wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt...". Daher ist die Umgehung solcher Vorschriften (in fraudem legis agere) rechtswidrig und die umgangenen Normen mit der zugehörigen Sanktion anzuwenden (1).

Bei Innominatverträgen ist die Frage einer allfälligen Gesetzesumgehung sorgfältig zu prüfen. Hier besteht die Gefahr, dass zwingende Normen von im OR geregelten Vertragstypen durch die Annahme eines Innominatvertrages umgangen werden (2) (3).

1) Oftinger, Bundesgerichtspraxis, S. 70.

2) Giger, Abzahlungsrecht, S. 32 f.; Schluep, S. 780.

3) Vgl. hinten S. 63 ff.

III. LEHRE UND RECHTSPRECHUNG ZUR FRAGE DER RECHTSNATUR DES SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAGES

1. Lehre

a) SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG ALS KAUF

Vor allem die ältere Lehre subsumiert den SLV vollumfänglich unter die Normen des Kaufvertrages. Vetsch (1) und mit ihm auch Hürlimann (2) nehmen dies als selbstverständlich an und verzichten deshalb auf eine Begründung. Oser/Schönenberger fassen den SLV als Kauf mit einer Nebenabrede auf (3).

b) SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG ALS BESONDERE ART DES KAUFES

Der Terminologie des OR folgend bezeichnet ein Teil der Lehre den SLV als besondere Art des Kaufes (4).

1) Vetsch, S. 5.

2) Hürlimann, S. 5.

3) Oser/Schönenberger, Art. 184, N 19.

4) Comment, SJK 216a, S. 9.

c) SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG ALS INNOMINATVERTRAG

Der grösste Teil der neueren Lehre bezeichnet den SLV als **Innominatvertrag**:

Meier-Hayoz zählt ihn zu den Innominatverträgen und erwähnt zudem, es handle sich dabei um einen Vertrag eigener Art (sui generis) (1). Cavin fasst den SLV als Innominatkontrakt mit Kaufcharakter auf (2). Auch Guhl/Merz/Kummer sind dieser Ansicht (3). Keller/Lörtscher reihen den SLV unter die gesetzlich nicht geregelten Verträge mit vorwiegend kaufrechtlichen Elementen ein (4).

2. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich zur Rechtsnatur des SLV nicht ausdrücklich geäussert. Meistens begnügt sie sich mit der Feststellung, dass im konkreten Fall ein SLV vorliege und nimmt stillschweigend an, es handle sich um eine besondere Art des Kaufes. Die jeweiligen Rechtsprobleme werden aber nicht in Anwendung der besonderen, kaufrechtlichen Bestimmungen gelöst, sondern aufgrund der allgemeinen Normen des OR (5).

1) Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 10.

2) Cavin, S. 172.

3) Guhl/Merz/Kummer, § 40, II, S. 292.

4) Keller/Lörtscher, S. 119.

5) BGE 45 II 61 f.; 52 II 141 f.; 59 II 307 f.

IV. DER SUKZESSIONSLIEFERUNGSVERTRAG, EIN INNOMINATVERTRAG MIT KAUFCHARAKTER

Gemäss der in Art. 184 Abs. I OR enthaltenen Definition des Kaufvertrages "verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen". Der Kaufvertrag hat zum Ziel, einen Kaufgegenstand gegen Geld auszutauschen (1). Vorn wurde gezeigt, dass der Lieferant im SLV eine bestimmte Ware, meistens Massengüter, während einer Zeitspanne von unterschiedlicher Dauer dem Abnehmer gegen Entgelt schuldet (2). Auch der SLV bezweckt den Austausch von Ware gegen Geld, weshalb es sich um einen Schuldvertrag mit Kaufcharakter handelt.

Im Gegensatz zum im OR geregelten Typ des Kaufvertrages erstreckt sich beim SLV die Vertragserfüllung für beide Parteien über eine Zeitspanne von mehreren Wochen, Monaten oder sogar Jahren. Der für den SLV typische Austausch von Ware gegen Geld in der Form eines Dauervertrages (3) wird vom Gesetz nicht geregelt. Aus diesem Grund handelt es sich bei ihm um einen Innominatvertrag (4). Gemäss den vorne angeführten Definitionen (5) ist der SLV sowohl zu den Ver-

1) Giger, Art. 184, N 6 und die dort zitierte Literatur; Keller/Lörtscher, S. 3.

2) Vgl. vorn S. 1 ff.

3) Vgl. hinten S. 23 ff.

4) Vgl. vorn S. 11.

5) Vgl. vorn S. 11 f.

trägen eigener Art (*sui generis*) als auch zu den gemischten Verträgen (*mixti generis*) zu zählen. Ein Vertrag eigener Art liegt vor, da das OR den Typ des "Dauerkaufes" nicht kennt. Der SLV setzt sich aber auch aus Elementen des normalen, nicht dauernden Kaufes ("Momentkaufes") zusammen, weshalb er auch der Gruppe der gemischten Verträge zugeordnet werden kann.

Die Frage stellt sich, welche Bedeutung dem Tatbestandsmerkmal der zeitlichen Dauer zukommt: Wie später gezeigt werden soll, prägt das Dauerelement den SLV in entscheidendem Mass. Zahlreiche Bestimmungen des Kaufrechtes finden keine oder nur eine beschränkte Anwendung, sobald der Rechtsnatur des SLV als Dauervertrag Rechnung getragen werden muss (1).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass es sich beim SLV um einen Innominatkontrakt mit Kaufcharakter handelt, der sowohl zu den Verträgen eigener Art (*sui generis*) als auch zu den gemischten Verträgen (*mixti generis*) gezählt werden kann.

1) Vgl. hiezu das 3. Kapitel, S. 79 ff.

§ 6 DER SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG, EIN DAUERVERTRAG

I. LEHRE ZUM BEGRIFF DES DAUERVERTRAGES

Nach Gierke liegt ein dauerndes Schuldverhältnis vor, wenn der Schuldinhalt eine Leistungspflicht bilde, die sich auf einen Zeitraum erstrecke. Die Dauerschuld werde nicht bei Eintritt eines bestimmten Fälligkeitstermines erfüllt, sondern während der ganzen Dauer ihres Bestandes. Das dauernde Schuldverhältnis sei darauf angelegt, eine konstante Wirkungskraft zu äussern und verfüge innerhalb seiner Grenzen über eine unerschöpfliche Lebenskraft. Es erlösche nicht durch Erfüllung, sein normaler Beendigungsgrund sei vielmehr der Zeitablauf (1).

Gauch versteht unter Dauervertrag ein dauerndes, obligatorisches Vertragsverhältnis: "Das **dauernde Vertragsverhältnis** zeichnet sich ... gegenüber dem einfachen dadurch aus, dass sich seine typische Hauptleistungspflicht nicht 'auf das Ende hin', sondern 'auf sinnvolles Dasein in der Zeit' richtet" (2). Die Bewirkung der geschuldeten Leistung erweise sich nicht als rechtsaufhebende Tatsache, welche die Leistungspflicht zerstöre.

1) Gierke, S. 358 f.

2) Gauch, Dauervertrag, S. 4 ff., bes. S. 7.

Nach Guhl/Merz/Kummer verlangen Dauerschuldverhältnisse ein ununterbrochenes Verhalten des Schuldners. Die Eigenart der Dauerschuldverhältnisse liege darin, dass der Umfang der Gesamtleistung von der Zeitdauer abhängt und dass demgemäss die Beendigung durch Zeitablauf charakterisiert werde (1).

Auch Larenz sieht das charakteristische Merkmal des Dauerschuldverhältnisses darin, dass der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die Leistungen fortgesetzt werden sollen (2).

II. LEHRE ZUM VERHAELTNIS ZWISCHEN SUKZESSIV- LIEFERUNGSVERTRAG UND DAUERVERTRAG

Gierke fasst den SLV als Dauervertrag auf. Er bezeichnet aber einschränkend nur solche Verträge als Sukzessivlieferungsgeschäfte, welche "stossweise Einzelverpflichtungen" erzeugen. Diese würden jeweils durch Erfüllung untergehen, die Stammverpflichtung bleibe aber in Bestand und Wirkungskraft unberührt. Lieferungsverträge, bei welchen die Gesamtmenge der Ware zum voraus bestimmt ist, zählt er nicht zu den SLV. Als Beispiel erwähnt Gierke den Bier-

1) Guhl/Merz/Kummer, § 7, I, 2, S. 37.

2) Larenz, § 2, VI, S. 27.

lieferungsvertrag, welcher "eine dauernde, durch die Einzelleistungen nicht aufgezehrte Verpflichtung, zu liefern und zu beziehen, begründet" (1).

Vetsch sieht nur im Vertrag auf fortgesetzte Lieferung ein Dauerschuldverhältnis. Der Urtypus des SLV, welcher nach Massgabe der sukzessive erfolgenden Teilleistungen untergehe, könne nicht zu den Dauerschuldverhältnissen gezählt werden (2).

Auch Hürlimann zählt den SLV nicht zu den Dauerschuldverhältnissen, indem er nur auf die Unterschiede zwischen SLV und Dauervertrag hinweist. Offenbar will er aber nur solche Schuldverhältnisse als SLV bezeichnen, in welchen die zu liefernde Warenmenge genau bestimmt ist (3) (4).

Staudinger/Weber dagegen bezeichnen den SLV als ein Dauerschuldverhältnis. Sie berufen sich dabei aber auf Gierke, welcher den Begriff des SLV in einem eingeschränkten Sinn verwendet (5).

1) Gierke, S. 360 ff., bes. 362.

2) Vetsch, S. 17 f.

3) Hürlimann, S. 16.

4) Gierke verwendet nur für "offene" Lieferungsverträge den Begriff des SLV. Hürlimann dagegen will den Begriff des SLV ausschliesslich auf "geschlossene" Lieferungsverträge beschränken. Beide Einschränkungen des Begriffes sind unzweckmässig und haben sich im Handel sowie in Lehre und Rechtsprechung nicht durchgesetzt.

5) Staudinger/Weber, Einl. vor § 241, O 9-15, bes. 15.

Nach Cavin begründet der SLV ein Dauerschuldverhältnis, da die Vertragserfüllung für beide Parteien in Teile zerlegt sei und sich über mehrere Monate, möglicherweise sogar über mehrere Jahre erstrecke (1). Auch Keller/Lörtscher bezeichnen den SLV als Dauerschuldverhältnis (2).

III. DAUERVERTRAG IM ENGEN UND IM WEITEN SINN

1. Dauervertrag im engen Sinn

Aus den vorne erwähnten Lehrmeinungen (3) ist ersichtlich, dass das Wesen des Dauervertrages in seiner beständigen Wirkungsweise liegt: Der Dauervertrag "lebt" in vollem Umfang weiter, während und obwohl er von den Parteien laufend erfüllt wird. So bleibt beispielsweise die Wirkungskraft des Mietvertrages während der Dauer der Vertragserfüllung unangetastet.

Den in diesem Sinne definierten Dauervertrag bezeichne ich im folgenden als **Dauervertrag im engen Sinn**. Er lässt sich klar von denjenigen Verträgen abgrenzen, deren Wirkungskraft entsprechend der eingetretenen Erfüllung abnimmt: Diese Verträge gehen durch Erfüllung unter.

1) Cavin, S. 172 f.

2) Keller/Lörtscher, S. 119.

3) Vgl. S. 18 f.

2. Dauervertrag im weiten Sinn

Zur Beantwortung der Frage, ob ein Schuldverhältnis als Dauervertrag im engen Sinn zu qualifizieren ist, spielt die tatsächliche Dauer der beidseitigen Vertragserfüllung keine Rolle: Allein entscheidend ist die vorher erwähnte, kontinuierliche Wirkungsweise eines Vertrages (1). Somit ist beispielsweise die Miete eines Opernglases während der Dauer einer Vorstellung ein Dauervertrag im engen Sinn, nicht aber der Vertrag, in welchem sich der Lieferant verpflichtet, dem Abnehmer während drei Jahren eine bestimmte Ware in monatlichen Raten zu liefern.

Die tatsächliche Dauer der wechselseitigen Erfüllung durch beide Vertragspartner ist aber ein wesentliches Merkmal zur rechtlichen Erfassung eines Vertrages. Typische Eigenschaften solcher faktischen Dauerverträge sind bei der Auslegung und Ergänzung zu berücksichtigen. Daher bezeichne ich ein Schuldverhältnis, bei welchem sich die Erfüllung für beide Parteien über eine längere Zeitspanne erstreckt, als Dauervertrag im weiten Sinn (2).

Die Abgrenzung zwischen Dauerverträgen im weiten Sinn und Nicht-Dauerverträgen kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Verträge mit einer beidseitigen Erfüllungsdauer

1) Vgl. S. 21.

2) Der Abzahlungsvertrag (Art. 226a ff. OR) beispielsweise ist demzufolge ein Nicht-Dauervertrag: Die Teilzahlungen erstrecken sich über eine längere Zeitspanne, die Sachleistung wird aber auf einmal erbracht.

von mehreren **Monaten** oder sogar mehreren **Jahren** sind aber eindeutig den Dauerschuldverhältnissen zuzuordnen.

IV. DER SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG, EIN DAUERVERTRAG IM ENGEN ODER IM WEITEN SINN

Durch den Abschluss eines SLV verpflichten sich sowohl der Lieferant als auch der Abnehmer zur Vertragserfüllung während einer gewissen Zeitspanne. Die vereinbarte Dauer der beidseitigen Erfüllung kann sich auf wenige Tage beschränken, kann aber auch mehrere Monate oder sogar einige Jahre umfassen. Dabei weist der SLV **zwei verschiedenartige Grundstrukturen** auf:

Einerseits können die Parteien die zu liefernde Warenmenge offen lassen und beispielsweise Lieferung in monatlichen Raten von bestimmtem Umfang auf unbestimmte Zeit mit einer Kündigungsklausel vereinbaren. Es handelt sich in diesem Fall um einen "offenen" SLV, der zur Gruppe der **Dauerverträge im engen Sinn** zu zählen ist (1).

Andererseits können die Parteien die Gesamtmenge der zu liefernden Ware bei Vertragsschluss genau festlegen und z. B. Lieferung in monatlichen Raten von bestimmter Höhe während einer bestimmten Dauer vereinbaren. Der hier vor-

1) Vgl. vorn S. 21.

liegende "geschlossene" SLV gehört zur Kategorie der **Dauerverträge im weiten Sinn (1)**.

Die Grundstruktur eines SLV gibt keinen Aufschluss auf die tatsächliche Dauer der beidseitigen Vertragserfüllung. So kann ein SLV mit unbestimmter Gesamtmenge (Dauervertrag im engen Sinn) kürzer dauern als ein SLV mit zum voraus bestimmter Gesamtmenge (Dauervertrag im weiten Sinn) und umgekehrt.

Die sich über eine **gewisse Zeitspanne erstreckende, beidseitige Vertragserfüllung** ist das typische Merkmal des SLV. Darin liegt der Unterschied zum im Gesetz geregelten Kaufvertrag, welcher als "Augenblicks"-Vertrag gestaltet ist (2). Die Dauerhaftigkeit der beidseitigen Erfüllung unterscheidet den SLV auch von Verträgen, welche nur eine Partei zu andauernder Erfüllung verpflichten. Schliesslich besteht ein Unterschied zu denjenigen Schuldverhältnissen, bei welchen die einmalige Leistung und Gegenleistung zeitlich auseinander fallen.

Durch den Abschluss eines SLV werden die Parteien zu einer gegenseitigen Vertragsabwicklung verpflichtet, die sich über einen Zeitraum von Monaten oder Jahren erstrecken kann. Oft entstehen während der Abwicklung Probleme, welche bei Vertragsschluss nicht vorausgesehen werden konnten.

1) Vgl. vorn S. 22 f.

2) Cavin, S. 172 f.

Um das Vertragsziel zu erreichen, bedarf es ständiger Bemühungen beider Parteien. Ein langfristiger SLV stellt daher **höhere Anforderungen** an die Vertragspartner als ein einfacher Kaufvertrag (1). Stört eine Partei die Vertragsabwicklung wesentlich, können daraus Konsequenzen nicht nur für die einzelnen Raten, sondern für das ganze Schuldverhältnis entstehen (2).

Zusammenfassend ist nochmals festzuhalten, dass es sich beim SLV um einen Dauervertrag (im engen oder im weiten Sinn) handelt.

1) Nach Hürlimann, S. 21, ist beim SLV infolge der wertmässig und zeitlich bedeutenden Bindung eine erhöhte Anwendung der Grundsätze über Treu und Glauben notwendig.

2) Vgl. hiezu das 3. Kapitel, S. 79 ff.

§ 7 DER SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG, EIN EINHEITLICHER VERTRAG

I. EINHEITLICHER VERTRAG

Die Lehre stimmt weitgehend darin überein, dass es sich beim SLV um einen **einheitlichen** Vertrag handelt (1). Der sich über eine gewisse Zeitspanne erstreckende SLV wird durch einmaligen Konsens der Parteien begründet. Davon sind verschiedene, zeitlich gestaffelte Verträge zwischen den gleichen Parteien zu unterscheiden. Ob es sich um **einen** Vertrag mit mehreren aufeinanderfolgenden Leistungen handelt oder um **mehrere** Verträge mit je einer Leistung, hängt davon ab, ob diese Leistungen "nach Zweck und wirtschaftlicher Bedeutung in einem inneren Zusammenhang stehen" (2). Auf äussere Merkmale kann hier nicht abgestellt werden. Fehlt dieser innere Zusammenhang, so liegt eine Häufung von Einzelverträgen, aber kein SLV vor.

1) Für viele: Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 6, S. 310; Hürli-
mann, S. 5.

2) von Tuhr/Sieewart/Escher, § 57, N 3, S. 15.

II. VERTRAG UEBER EINE GATTUNGSSCHULD

Im SLV wird die geschuldete Ware (1) in der Regel der **Gattung nach bestimmt** (2). Im Fall einer Gattungsschuld bestimmen die Parteien die Leistung nach der Qualität (Gattung) und nach der Quantität (Mass, Zahl oder Gewicht) (3). Jede zu dieser Gattung gehörende Ware kommt als Leistung in Betracht.

Woratz und Weltersbach sehen im Kauf einer individuell bestimmten Bibliothek ein (seltenes) Beispiel eines SLV, dem eine Speziessache zugrunde liegt (4). M. E. handelt es sich dabei aber um keinen SLV: Wird eine bestimmte Bibliothek als zusammengehörige Einheit verkauft (5), handelt es sich zwar um eine Stückschuld. Erfolgt die Lieferung dieser Bibliothek in Teilleistungen, so liegt, im Gegensatz zur Ansicht der genannten Autoren, kein SLV, sondern ein **gewöhnlicher Kaufvertrag** vor. Die Lieferung erfolgt in Teilen, falls dies beispielsweise aus transporttechnischen oder organisatorischen Gründen geboten erscheint. Die Teilleistungen sind völlig unselbständig und zudem für den Ab-

1)* Meistens Massengüter: Vgl. vorn S. 1 ff.

2) Hürlimann, S. 8, schliesst einen SLV über Speziessachen völlig aus; vgl. auch Vetsch, S. 6.

3) von Tuhr/Siegwart/Peter, § 8, N 8, S. 54.

4) Woratz, S. 18; Weltersbach, S. 15.

5) Beispielsweise eine Fachbibliothek naturwissenschaftlicher Richtung, die sich durch ihre Vollständigkeit auszeichnet.

nehmer einzeln unbrauchbar. Sie weisen nicht die gleiche Selbständigkeit auf, wie die Raten im SLV (1).

Die Lieferung von Teilen einer Bibliothek kann dennoch Gegenstand eines SLV sein: Ein Lieferant verpflichtet sich, einem Buchhändler monatlich hundert Bücher aus dem Bestand einer Bibliothek zu liefern. In diesem (aussergewöhnlichen) Fall tritt aber die Bibliothek als zusammengehörige Einheit in den Hintergrund. Es handelt sich hier nicht um eine Stückschuld, sondern um eine **begrenzte Gattungsschuld**: Zu liefern ist eine nach Gattungsmerkmalen bestimmte Ware aus einem begrenzten Vorrat (2).

1) Vgl. hinten S. 34 ff.

2) von Tuhr/Siegwart/Peter, § 8, N 17, S. 57.

III. KEIN VORVERTRAG

1. Allgemeines zum Problem des Vorvertrages

Gemäss Art. 22 Abs. 1 OR kann durch Vertrag die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden. Der Vorvertrag hat somit den Abschluss eines Hauptvertrages zum Ziel (1).

Der Begriff des Vorvertrages ist aber kontrovers: Wenn sich zwei Parteien zum Abschluss eines künftigen Vertrages verpflichten, so ist dieser bereits entstanden und die Konstruktion eines Vorvertrages somit überflüssig. Von Tuhr/Siegwart/Peter sehen daher die Hauptbedeutung des Vorvertrages bei vertraglichen Beziehungen zwischen drei Parteien: A verspricht in einem Vorvertrag dem B, mit C einen Hauptvertrag abzuschliessen (2). Auch der geringe Grad an Bestimmtheit der vereinbarten Leistungen rechtfertigt die Annahme eines Vorvertrages nicht: Denn für die Vertragsentstehung genügt es, dass die Leistungen **nach den Umständen bestimmbar** sind (3). Dies gilt aber gleichermassen für den Vorvertrag wie für den Hauptvertrag (4).

1) von Tuhr/Siegwart/Peter, § 33, N 1, S. 273.

2) von Tuhr/Siegwart/Peter, § 33, N 2a, 3b, S. 274 und die dort zitierte Literatur.

3) Giger, Art. 184, N 222 ff.; vgl. auch hinten S. 40 ff.

4) von Tuhr/Siegwart/Peter, § 33, N 4 ff., S. 275.

2. Kein Vorvertrag bei bestimmten Leistungen

Die Lehre ist heute einhellig der Meinung, dass der SLV, dessen Leistungen bestimmt sind (1), ein einheitlicher Vertrag ist. Dies trifft beispielsweise auf die Grundvariante eines SLV zu, in welchem die festgelegte Gesamtmenge einer Ware in monatlich aufeinanderfolgenden Raten von bestimmter Höhe zu festen Preisen geliefert werden soll. Die Annahme eines Vorvertrages mit unabhängigen, nachfolgend abgeschlossenen Hauptverträgen wurde aufgegeben (2).

3. Kein Vorvertrag bei bestimmbaren Leistungen

Das Wirtschaftsleben hat infolge der Vertragsfreiheit (3) zahlreiche Varianten des SLV entwickelt: Einerseits werden solche SLV vereinbart, in welchen die Parteien ihre Pflichten beidseitig bis ins Detail festlegen. Andererseits ziehen es die Parteien, vor allem bei langfristigen Verträgen oftmals vor, gewisse Punkte zur Zeit des Vertragschlusses noch offen zu lassen: Sie verzichten beispielsweise darauf, den Preis festzulegen und verweisen auf den

1) "Die Bestimmtheit der Leistung geht aus dem Vertrag selbst unmittelbar durch lückenlose, abschliessende Umschreibung hervor, ...": Giger, Art. 184, N 223.

2) Für viele: Hürlimann, S. 5.

3) Vgl. vorn S. 12 f.

bei Fälligkeit geltenden Marktpreis. Sie bestimmen keinen Liefertermin, sondern vereinbaren Lieferung auf Abbruf (1). Sie können auch die genauere Art der zu liefernden Ware bei Vertragsschluss noch offen lassen (2).

In solchen SLV sind die Leistungen bei Vertragsschluss noch nicht bestimmt, sondern bloss nach den Umständen bestimmbar (3). Gemäss Art. 184 Abs. 3 OR genügt dies aber für das Zustandekommen des Vertrages. Deshalb kommt mit dem Konsens über die nach den Umständen bestimmbaren Leistungen direkt der SLV bzw. **Hauptvertrag** zustande und die Annahme eines Vorvertrages ist auch in diesem Fall abzulehnen. Sind die abgegebenen Willensäusserungen aber so wenig substantiiert, dass die Leistung nach den Umständen nicht bestimmbar sind, so ist kein Vertrag (auch kein Vorvertrag) entstanden, weil es an einem Konsens über die objektiv wesentlichen Bestandteile mangelt (4).

In diesem Zusammenhang sind die Wiederkehrschuldverhältnisse (5) zu erwähnen: Vor allem die ältere Lehre ver-

1) Vgl. hinten S. 42 ff.

2) Vgl. hinten S. 48.

3) Die bestimmbare Leistung zeichnet sich dadurch aus, dass sie erst nach dem Vertragsschluss konkrete Gestalt annimmt: Giger, Art. 184, N 223.

4) Die Grenzen der Bestimmbarkeit im Sinne von Art. 184 Abs. 3 OR (und somit der Entscheid über die Frage, ob überhaupt ein gültiger Vertrag vorliegt) sind umstritten: Vgl. zur Kontroverse: Hinten S. 41.

5) Vgl. zur Kritik an diesem Begriff: Hinten S. 50 f.

tritt teilweise die Meinung, diese seien in einen Vorvertrag mit unabhängigen, nachfolgend abgeschlossenen Hauptverträgen aufzuspalten. Gegen die Annahme eines einheitlichen Vertrages spreche die mangelnde Bestimmbarkeit der zu liefernden Menge (1). Die neuere Lehre verzichtet auf die Vorvertragskonstruktion und fasst die **Wiederkehrschuldverhältnisse als einheitliche Verträge** auf (2). Der entscheidendste Grund, der m. E. für die Einheitstheorie spricht, liegt im Vertragswillen der Parteien: Sowohl der Lieferant (Gas-, Wasser-, Bierlieferant) als auch der Abnehmer gehen von einem einheitlichen Schuldverhältnis aus, das solange in Kraft ist, bis es durch Zeitablauf oder Kündigung aufgelöst wird. So wird beispielsweise kein Abnehmer von Wasser aus dem Versorgungsnetz die Meinung vertreten, er schliesse mit jedem Einzelbezug von Wasser einen neuen Vertrag ab. Die tatsächliche Anzahl solcher Einzelverträge liesse sich zudem nicht ermitteln. Eine Spaltung der vertraglichen Beziehung in einen Vorvertrag und verschiedene, unabhängige Einzelverträge erscheint als eine unnatürliche und unnötige Konstruktion, für welche die Vertragsauslegung keinen Raum lässt. Schliesslich ist auch infolge der Problematik des Vorvertragsbetriffes (3) die Einheitstheorie zu bevorzugen.

1) Vetsch, S. 17; RGZ 148, S. 330 ff. = JW (1935) S. 3614 ff.; schon damals kritisch hiez zu: Rumpf, in: JW (1935) S. 3617 ff.

2) Hürlimann, S. 15; Larenz, § 2, VI, N 2, S. 29; Staudinger/Weber, Einl. vor § 241, O 22.

3) Vgl. vorn S. 20.

Zusammenfassend ist nochmals festzuhalten, dass es sich beim SLV um einen einheitlichen Vertrag handelt. Die Annahme eines Vorvertrages mit unabhängigen, nachfolgend abgeschlossenen Hauptverträgen ist abzulehnen. Im SLV wird die geschuldete Ware in der Regel der Gattung nach bestimmt.

§ 8 SUKZESSIVE LIEFERUNG IN BESCHRÄNKT SELBSTÄNDIGEN RATEN

I. RECHTSNATUR DER RATE

1. Selbständigkeit der Rate

Im SLV hat die einzelne Rate eine beschränkt selbständige Stellung. Die Stellung ist **selbständig**, weil jede einzelne Rate auf einer besonderen, aus dem SLV hervorgehenden Forderung beruht und einen eigenen Fälligkeitstermin hat (1). Der Lieferant schuldet jede Rate zu einem andern Zeitpunkt und muss die einzelnen Leistungen den gestaffelten Fälligkeitsterminen entsprechend erbringen. Der Abnehmer seinerseits muss die Warenraten sukzessive annehmen (2). Darin liegt der Unterschied zu Art. 69 Abs. I OR, welcher dem Gläubiger das Recht gibt, die Annahme einer Teilleistung zu verweigern, wenn die gesamte Schuld fällig ist. Da Art. 69 Abs. 1 OR eine dispositive Norm ist, können die Parteien im SLV davon abweichen und gestaffelte Fälligkeitstermine vereinbaren. Um dieser Besonderheit Rechnung zu tragen, ist es zweckmässig, im Zusammenhang mit dem SLV nicht von Teilleistungen, sondern von **Raten** zu sprechen.

Von der Lieferung in beschränkt selbständigen Raten

1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 57, N 5, S. 15.

2) Vgl. zur Annahmepflicht des Abnehmers: Hinten S. 43 ff.

muss die Lieferung in **unselbständigen Teilleistungen** unterschieden werden: Diese liegt beispielsweise in dem vorn erwähnten Vertrag vor, in welchem eine zusammengehörige Bibliothek als Einheit verkauft wird (1). Der Käufer muss in diesem Fall Teilleistungen zulassen, wenn die Beschaffenheit, insbesondere die Quantität der Ware dies erfordert (2). Die einzelnen Teilleistungen sind rechtlich unselbständig, da sie nicht auf einer besonderen Forderung mit eigenem Fälligkeitstermin beruhen. Auch in tatsächlicher Hinsicht sind die Leistungen unselbständig, da sie Teil eines zusammengehörigen Ganzen und einzeln für den Käufer nutzlos sind.

Aus der Selbständigkeit der Rate im SLV ergibt sich, dass der Lieferant, welcher sich mit einer Rate im Rückstand befindet, mit den nachfolgenden noch nicht in Verzug ist. Der Abnehmer kann deshalb das Wahlrecht gemäss Art. 107 ff. OR und Art. 190 OR nur bezüglich desjenigen Leistungspaares ausüben, innerhalb welchem der Lieferant mit der Sachleistungsrate in Verzug ist. Ebenso kann der Lieferant bei Verzug des Abnehmers das Wahlrecht gemäss Art. 107 ff. OR und Art. 214 OR nur bezüglich desjenigen Leistungspaares ausüben, innerhalb welchem der Abnehmer mit der Zahlungsrate in Verzug ist (3).

1) Vgl. vorn S. 27 f.

2) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 57, N 7, S. 15.

3) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 73, N 121, S. 158 ff.; vgl. hinten S. 91 ff., 118 ff.

Aus der **Selbständigkeit** der einzelnen Rate im SLV folgt ausserdem, dass der Abnehmer bei Mangelhaftigkeit einer Rate das Wahlrecht gemäss Art. 205 ff. OR (Wandelung, Minderung, Nachlieferung) nur bezüglich desjenigen Leistungspaares ausüben kann, innerhalb welchem vom Lieferanten mangelhafte Ware geliefert wurde (1).

Schliesslich ergibt sich aus der **Selbständigkeit** der Rate, dass die begrenzte, nachträgliche Lieferungsunmöglichkeit nur bezüglich desjenigen Leistungspaares wirkt, innerhalb welchem die Lieferung der Warenrate unmöglich geworden ist (2).

2. Beschränkte Selbständigkeit der Rate

Die einzelne Rate des SLV hat eine **beschränkt selbständige** Stellung, da die ihr zugrunde liegende Einzelforderung im SLV wurzelt, bzw. aus diesem hervorgeht. Der SLV erfasst als einheitlicher Vertrag (3) alle einzelnen Raten. Die beschränkte Selbständigkeit der einzelnen Rate zeigt sich vor allem auch darin, dass der Verzug, die Mangelhaftigkeit oder die Unmöglichkeit mit einer (oder einzelnen) Rate(n) zur Auflösung des gesamten noch nicht erfüllten Teils des

1) Vgl. hinten S. 142 ff.

2) Vgl. hinten S. 162 ff.

3) Vgl. vorn S. 26.

SLV führen kann (1). Mit dem Bestand des einheitlichen SLV stehen oder fallen sämtliche Einzelforderungen.

II. SUKZESSIVE LIEFERUNG IN RATEN

Im SLV erfolgt die Lieferung der Ware sukzessive, d. h. in zeitlich aufeinanderfolgenden Raten (2).

Die Lehre betont teilweise, die Ware werde in zeitlich getrennten Raten geliefert (3). M. E. handelt es sich dabei aber um kein allgemeines Merkmal des SLV: Ob die Lieferungen der Raten zeitlich getrennt erfolgen, hängt vom Willen der Parteien ab. Massgebend für die Willensbildung sind beispielsweise Produktion, Absatz oder Transportmöglichkeiten eines Massengutes. Während Kohle oder Getreide meistens in zeitlich klar getrennten Raten geliefert wird, muss dies für flüssige oder gasförmige Substanzen durchaus nicht zutreffen. Werden letztere mittels Leitungen dem Abnehmer zugeführt, so können die einzelnen Raten zu einem kontinuierlichen Warenfluss verschmelzen. Zur begrifflichen Erfassung des SLV ist somit nicht entscheidend, dass die

1) Vgl. hinten S. 96 ff., 122 ff., 148 ff., 165 ff.

2) Dieses, den ganzen Vertrag prägende Merkmal rechtfertigt den Begriff "Sukzessivlieferungsvertrag" zu bevorzugen: Vgl. vorn S. 7.

3) Hürlimann, S. 6; Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 6, S. 310.

Warenlieferungen in zeitlich getrennten, sondern in zeitlich aufeinanderfolgenden, d. h. sukzessiven Raten erfolgen.

Die Lehre vertritt die Meinung, ein SLV mit lediglich zwei Raten sei begrifflich möglich (1). Dem ist zuzustimmen. Dabei handelt es sich aber, vor allem hinsichtlich der Natur des SLV als Dauervertrag, um ein atypisches Beispiel, was bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist (2).

III. SUKZESSIVE BEZAHLUNG DES PREISES

Die sukzessive Lieferung der Ware in beschränkt selbständigen Raten ist ein charakteristisches Merkmal des SLV. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch die sukzessive Bezahlung des Preises zum Wesen dieses Vertrages gehört. In Uebereinstimmung mit Teilen der Lehre ist dies zu verneinen (3). Als **nicht typische** Leistungspflicht kann die Bezahlung des Preises im SLV auf verschiedene Arten geordnet werden:

1) Hürlimann, S. 6; Vetsch, S. 9.

2) Vgl. hinten S. 83 f.

3) Hürlimann, S. 10; Vetsch, S. 14; anderer, nicht überzeugender Ansicht: Oser/Schönenberger, Art. 184, N 19.

Meistens wird der Preis nach Massgabe der einzelnen Warenlieferungen geschuldet. Dabei können die Parteien vereinbaren, dass der Preis vor oder nach der Lieferung einjeder Warenrate zu bezahlen ist. Fehlt eine besondere Abrede, so greifen die dispositiven Bestimmungen von Art. 184 Abs. 2 und Art. 213 Abs. 1 OR Platz. Danach haben die Parteien innerhalb des einzelnen Leistungspaares (Warenrate/Preisrate) gleichzeitig - Zug um Zug - zu leisten (1) (2).

Können die einzelnen Warenraten zeitlich nicht klar getrennt werden, wie dies bei gasförmigen oder flüssigen Stoffen der Fall sein kann (3), so wird für die gelieferten Raten oft erst nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne Rechnung gestellt (4).

Die Parteien können schliesslich auf die Parallelität von Warenlieferung und Preiszahlung ganz verzichten und beispielsweise Vorauszahlung aller Warenraten vereinbaren (5).

1) Giger, Art. 184, N 183 ff.

2) Unzutreffend sind die Feststellungen von Vetsch, S. 14, und von Hürlimann, S. 10, dass aufgrund der dispositiven Normen von Art. 184 Abs. 2 und Art. 213 Abs. 1 OR der Lieferant innerhalb des einzelnen Leistungspaares vorleistungspflichtig sei: Vgl. Giger, Art. 213, N 4. Eine Vorleistungspflicht des Lieferanten kann sich aber, vorab im kaufmännischen Verkehr, aufgrund einer Uebung ergeben.

3) Vgl. vorn S. 37.

4) Z. B. monatliche Wasserrechnung.

5) So beim Abonnementkauf.

§ 9 NACHTRÄGLICHE BESTIMMUNG DER RATEN

I. ALLGEMEINES

In SLV werden oftmals längerfristige Bindungen eingegangen. Für die Parteien kann es daher zweckmässig sein, ihre Leistungen bei Vertragsabschluss noch nicht genau festlegen zu müssen. Um erst während der Vertragsabwicklung auftretende oder sich ändernde Umstände berücksichtigen zu können, gestalten sie den Vertrag **anpassungsfähig**. Sie verzichten beispielsweise darauf, Liefertermine oder Höhe der einzelnen Raten festzulegen und vereinbaren Lieferung auf Abruf bzw. nach Bedarf. In solchen Verträgen sind die Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oftmals nicht genau bestimmt, sondern nur **bestimmbar**. Die genaue Bestimmung der einzelnen Leistungen muss während der Vertragsabwicklung nachgeholt werden (1). Dies ist zulässig, da es zur Gültigkeit eines Vertrages nicht der genauen Bestimmung von Inhalt und Umfang der Leistungen bedarf: Für das Zustandekommen eines Vertrages genügt es vielmehr, dass alle geschuldeten und wesentlichen Leistungen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses "nach den Umständen bestimmbar" sind (2).

-
- 1) Die **bestimmbare** Leistung zeichnet sich dadurch aus, dass sie erst **nach** dem Vertragsschluss konkrete Gestalt annimmt: Giger, Art. 184, N 223.
 - 2) Art. 184 Abs. 3 OR erwähnt dies nur für den Preis beim Kaufvertrag. Diese (unvollständige) Bestimmung findet aber nicht nur auf die Preisleistung, sondern auch auf die Warenleistung, bzw. auf Vertragsleistungen allgemein, Anwendung: Vgl. Giger, Art. 184, N 222, 232.

Wo die Grenze zwischen Bestimmbarkeit und Unbestimmtheit von Leistungen und somit auch diejenige zwischen Gültigkeit und Ungültigkeit eines Vertrages gezogen werden muss, ist umstritten. Diese Kontroverse entbrannte vor allem am Beispiel des Sparkaufvertrages: Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre stecken den Rahmen der Bestimmbarkeit sehr weit, indem schon subjektive Bestimmbarkeit genügen soll (1). Giger stellt an die Voraussetzungen der Bestimmbarkeit strengere Anforderungen: Leistungen sind nur bei **objektiver** (d. h. aufgrund ausserhalb der Parteiwillkür liegender Umstände) oder bei **objektivierter Bestimmbarkeit** (d. h. durch Initiative eines dazu ermächtigten Dritten) in vertragsgenügender Weise konkretisiert. Subjektive Bestimmbarkeit (d. h. nachträgliche Bestimmung durch eine der Vertragsparteien) erfüllt die Voraussetzungen nicht (2).

Für die nachfolgenden Varianten des SLV stellt sich dieses Abgrenzungsproblem nicht oder nur selten: Die Parteien vereinbaren anpassungsfähige SLV, um während der Vertragsabwicklung auftretende oder sich ändernde Umstände berücksichtigen zu können. So ist beispielsweise Baumaterial auf Abruf oder Mehl nach Bedarf zu liefern. In diesen Fällen sind regelmässig genügend objektive, ausserhalb der Parteiwillkür liegende Anhaltspunkte gegeben, um die Leistungen nachträglich zu konkretisieren (Baumaterial ent-

1) BGE 84 II 18 ff., 84 II 272 ff., 85 II 406 ff.; von Tuhr/Siegwart/Peter, § 24, N 74, S. 191; vgl. die weitere, bei Giger, Art. 184, N 235 zitierte Literatur.

2) Giger, Art. 184, N 222 ff., bes. N 232, 234, 236.

entsprechend dem tatsächlichen Bedarf auf der Baustelle; Mehl entsprechend dem tatsächlichen Bedarf für die Herstellung von Brot) und damit die Voraussetzungen der objektiven Bestimmbarkeit erfüllt.

II. SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG MIT ABRUFKLAUSEL

1. Abruf als einseitiges Gestaltungsrecht

Im SLV mit Abrufklausel verzichten die Parteien darauf, die Fälligkeitstermine der einzelnen Raten bei Vertragsschluss genau zu fixieren. Der Abnehmer holt die Bestimmung der Fälligkeitstermine während der Vertragsabwicklung nach, indem er die einzelnen Warenraten jeweils abruft. Die Leistungspflicht des Lieferanten wird **in zeitlicher Hinsicht** durch den Abnehmer nachträglich festgelegt. Beim Abruf handelt es sich um ein vertraglich vereinbartes, einseitiges Rechtsgeschäft des Abnehmers, wodurch dieser ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht ausübt (1).

1) Gujer, S. 40 f.; von Tuhr/Sieewart/Escher, § 62, N 40, S. 48 f.

2. Abruf als Pflicht

a) BEIM KAUFVERTRAG

Im SLV ist der Abnehmer in der Regel zur Vornahme des Abrufes verpflichtet. Um zu dieser Ansicht zu gelangen, ist von Art. 211 Abs. 1 OR auszugehen, in welchem der Käufer "verpflichtet" wird, die vertragsgemäss angebotene Sache anzunehmen: Infolge der terminologischen Ungenauigkeit des OR kann aber nicht auf den Wortlaut des Verbes "verpflichten" abgestellt werden. Mit Giger ist festzustellen, dass es sich bei der "Annahme" durch den Käufer um eine **Obliegenheit** und somit um keine eigentliche Rechtspflicht handelt. "Bezahlt nämlich der Käufer den Kaufpreis, erfüllt er folglich seine Pflicht, dann fehlt in der Regel jedes Interesse des Verkäufers, die Annahme der Kaufsache unter dem Titel der Erfüllung gerichtlich durchzusetzen" (1). Die Annahme durch den Käufer ist das Korrelat zur Hauptpflicht des Verkäufers (Eigentumsverschaffung) und ist rechtlich als Mitwirkung des Käufers bei der Erfüllung zu werten (2) (3).

1) Giger, Art. 211, N 22.

2) Giger, Art. 211, N 4 ff., bes. N 21 ff.

3) Die Rechtsnatur der "Annahme" gemäss Art. 211 OR ist jedoch umstritten:

Ebenfalls für Obliegenheitscharakter: Guhl/Merz/Kummer, § 41, III, 2, S. 334; Heinz-Bommer, S. 91 f.

Für Pflichtcharakter: Becker, Art. 211, N 5; von Tuhr/Siegwart/Escher, § 65, N 2, S. 69; BGE 48 II 103, 59 II 307 f.

Vgl. weiter zum Meinungsstreit: Keller/Lörtscher, S. 16 f. und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung.

Gleich verhält es sich mit der in Art. 211 Abs. 2 OR geregelten "Empfangnahme". Sie ist als Mitwirkungshandlung des Käufers bei der Besitzverschaffung durch den Verkäufer aufzufassen. In Analogie zur "Annahme" handelt es sich dabei nicht um eine Pflicht, sondern um eine **Obliegenheit** des Käufers (1).

Sind somit Annahme und Empfangnahme gemäss Art. 211 OR als Obliegenheiten des Käufers aufzufassen, so trifft dies auch auf den **Abruf** beim gewöhnlichen Kaufvertrag zu: Muss der Käufer nämlich nicht annehmen, so kann er auch nicht verpflichtet sein, eine Vorbereitungshandlung hiezu vorzunehmen, d. h. abzurufen (2). Den Parteien steht aber die Möglichkeit offen, die Annahme und die Empfangnahme als echte Pflicht zu vereinbaren, da der Obliegenheitscharakter nicht zwingendes Recht ist. Auch aus den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls kann sich eine Annahmepflicht des Käufers ergeben, falls der Verkäufer ein erkennbares, selbständiges Interesse an der Annahme hat (3) (4).

-
- 1) Giger, Art. 211, N 29 ff.; vgl. die Hinweise zur Lehre und Rechtsprechung, gemäss welcher die "Empfangnahme" als eigentliche Pflicht gewertet wird: Giger, Art. 211, N 32.
 - 2) Falls aber die Verweigerung der Annahme bzw. des Abrufes dem Zweck der Zahlungsverweigerung dient, verletzt der Käufer seine Hauptpflicht: Giger, Art. 211, N 23 a. E.
 - 3) Giger, Art. 211, N 25 und 35.
 - 4) Eine Annahmepflicht kann sich unter Umständen aus Art. 2 ZGB ergeben: Heinz-Bommer, S. 62 ff.

b) BEIM SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG

Vorn wurde gezeigt, dass im SLV in der Regel der Gattung nach bestimmte Ware, zumeist Massengüter, geschuldet wird (1). Der Austausch der Ware erstreckt sich zudem über eine längere Zeitspanne (2). Daraus ergibt sich, dass der Abnehmer im SLV in der Regel zur **Empfangnahme** und daher auch zur **Vornahme des Abrufes verpflichtet** ist. Infolge der Massengut-Eigenschaft der geschuldeten Ware hat der Lieferant neben dem Interesse an der Preiszahlung auch ein Interesse daran, dass die Ware weggeschafft wird, um wieder über freie Lagerkapazitäten zu verfügen. Mit dem Abschluss eines SLV soll ja eine gewisse Kontinuität des Geschäftsverlaufes, insbesondere des Warenflusses erreicht werden, um längerfristige Kalkulationen, auch in der Lagerbewirtschaftung, zu ermöglichen (3). Es besteht somit regelmässig ein objektiv erkennbares Interesse des Lieferanten, von der Ware befreit zu werden (4). Aus diesen Gründen ist der Abruf im SLV in der Regel eine Hauptpflicht oder eine selbständig durchsetzbare Nebenpflicht des Abnehmers (5). Es

1) Vgl. vorn S. 27 f.

2) Vgl. vorn S. 23 ff.

3) Vgl. vorn S. 4 f.

4) Giger, Art. 211, N 36; Heinz-Bommer, S. 60 ff.

5) Ist das objektiv erkennbare Interesse des Lieferanten an der Wegschaffung der Ware dominierend, so ist der Abruf eine Hauptpflicht des Abnehmers. Ueberwiegt das Interesse des Lieferanten an der Preiszahlung dasjenige an der Wegschaffung, so ist die Empfangnahme und somit auch die Vornahme des Abrufes eine selbständig durchsetzbare Nebenpflicht: Giger, Art. 211, N 36 f.

ist aber in jedem Einzelfall zu überprüfen, ob der Pflichtcharakter des Abrufes nicht abgelehnt werden muss (1) und somit eine bloss Obliegenheit vorliegt, da SLV nicht nur über Massengüter abgeschlossen werden und zudem das Interesse des Lieferanten an der Empfangnahme variieren kann.

3. Abruffrist

Es ist zweckmässig, wenn die Parteien eine genau bestimmte Frist vereinbaren, innerhalb welcher der Abruf vorgenommen werden muss. Dadurch ist eine allfällige Vertragsverletzung infolge Leistungsverzögerung klarer feststellbar. Die Abruffrist kann sich aber auch aus den Umständen ergeben (2).

1) Anderer Meinung: Hürlimann, S. 12.

2) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 65, N 24, S. 72.

III. SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG MIT BEDARFSKLAUSEL

Im SLV mit Bedarfsklausel verzichten die Parteien darauf, die Höhe der einzelnen Warenraten bei Vertragsabschluss genau festzulegen. Die genaue mengenmässige Bestimmung der einzelnen Raten wird durch den Abnehmer während der Vertragsabwicklung vorgenommen. Bedarfsklausel und Abrufklausel können auch miteinander kombiniert werden: Der Abnehmer übermittelt dem Lieferanten mit dem Abruf gleichzeitig seinen Bedarf an Ware.

Das Recht, die Menge der einzelnen Warenraten nach Bedarf zu bestimmen, ist ein vertraglich vereinbartes, einseitiges Gestaltungsrecht (1), zu dessen Vornahme der Abnehmer in der Regel verpflichtet ist (2).

Beim SLV mit Bedarfsklausel handelt es sich nicht um einen Vorvertrag mit nachfolgend abgeschlossenen, unabhängigen Hauptverträgen, sondern um ein einheitliches Schuldverhältnis (3).

1) Vgl. vorn S. 42.

2) Vgl. vorn S. 45 f.

3) Vgl. vorn S. 30 ff.

IV. SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG MIT SPEZIFIKATIONSKLAUSEL

Im SLV mit Spezifikationsklausel verzichten die Parteien darauf, die einzelnen Warenraten hinsichtlich **Form, Dimension oder Sorte** bei Vertragsschluss genau festzulegen. Der Abnehmer nimmt die Spezifikation während der Vertragsabwicklung vor.

Das Recht zu spezifizieren, ist ein vertraglich vereinbartes, einseitiges Gestaltungsrecht (1), zu dessen Vornahme der Abnehmer in der Regel verpflichtet ist (2).

Da der Abnehmer zwischen mehreren nach der Gattung bestimmten Waren (3) auswählen kann, handelt es sich beim SLV mit Spezifikationsklausel um eine Wahlschuld (4). Auch hier liegt ein einheitliches Schuldverhältnis vor (5).

1) Vgl. vorn S. 42.

2) Vgl. vorn S. 45 f.

3) Vgl. vorn S. 27 f.

4) Art. 72 OR; von Tuhr/Siegwart/Peter, § 11, N 3, S. 78; vgl. auch Russenberger, Der Spezifikationskauf nach schweizerischem Obligationenrecht.

5) Vgl. vorn S. 30 ff.

2. ABSCHNITT

ABGRENZUNGSPROBLEME

§ 10 SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG UND WIEDERKEHRSCHULDVERHÄLTNIS

I. BEGRIFF DES WIEDERKEHRSCHULDVERHÄLTNISSES

Vor allem in Deutschland und teilweise auch in der Schweiz wurde im Zusammenhang mit Bezugsverträgen über Gas, Wasser, Bier etc. die Lehre vom Wiederkehrschuldverhältnis entwickelt: Da in solchen Bezugsverträgen die zu liefernde Warenmenge nicht bestimmt werden könne, liege kein einheitlicher Vertrag, sondern nur ein Vorvertrag oder Rahmenvertrag vor. Die Vertragspartner seien dabei nicht dauernd wechselseitig gebunden. Vielmehr sei nur der Lieferant zu dauernder Leistungsbereitschaft verpflichtet. Ueber die einzelnen Lieferungen würden nachfolgend selbständige Verträge abgeschlossen. Diese wiederkehrenden Einzelverträge seien untereinander nur lose verbunden. Für jeden Einzelvertrag werde jeweils der Vertragsabschluss (allerdings meist stillschweigend) wiederholt (1).

1) RGZ 148, S. 330 ff. = JW (1935) S. 3614 ff.; Staudinger/Weber, Einl. vor § 241, O 16 ff.; Enneccerus/Lehmann, § 101, II, 4, S. 407; Vetsch, S. 15 ff.

II. KRITIK AM BEGRIFF DES WIEDERKEHR- SCHULDVERHAELTNISSES

Wie schon vorn festgestellt wurde, erscheint die beim Wiederkehrschuldverhältnis angenommene Spaltung in einen Vorvertrag und nachfolgende, voneinander unabhängige Einzelverträge als eine unnatürliche und unnötige Konstruktion. Die Parteien fassen ihre Beziehung als einheitlichen Dauervertrag auf. Daher ist auf diese Konstruktion zu verzichten und der Einheitstheorie den Vorzug zu geben (1). Somit fällt das wesentlichste Merkmal des Wiederkehrschuldverhältnisses, nämlich dasjenige der stets wiederkehrenden, stillschweigend abgeschlossenen Einzelverträge dahin.

Es bleibt zu untersuchen, ob noch weitere Besonderheiten das Wiederkehrschuldverhältnis charakterisieren: Nach den vorher angeführten Meinungen (2) seien die Parteien des Wiederkehrschuldverhältnisses nicht wechselseitig dauernd gebunden, nur der Lieferant sei stets zur Lieferungsbereitschaft verpflichtet. Zudem könne die Gesamtmenge der zu liefernden Ware nicht bestimmt werden. Diese Auffassungen sind nicht stichhaltig: In Bezugsverträgen über Gas, Wasser, Bier etc. verpflichten sich die Parteien **wechselseitig**: Geschuldet wird die Ware gegen Bezahlung des Preises. Es liegt ein wesentlich zweiseitiger Vertrag vor (3) mit der Besonderheit, dass sich die Menge der einzelnen

1) Vgl. vorn S. 30 ff.

2) Vgl. vorn S. 49.

3) von Tuhr/Siegwart/Peter, § 20, N 38, S. 149.

Raten nach dem jeweiligen Bedarf des Abnehmers richtet und dass der tatsächliche Bedarf wiederum ganz oder teilweise vom Willen des Abnehmers abhängt (1). Dass schliesslich die Gesamtmenge der zu liefernden Ware auch von der Dauer des Vertrages abhängt, ist keine Besonderheit des Wiederkehrschuldverhältnisses, sondern ein typisches Merkmal des SLV als Dauervertrag im engen Sinn (2).

Aus dem vorher Gesagten ist zu schliessen, dass sich das Wiederkehrschuldverhältnis nicht grundsätzlich vom SLV unterscheidet. Daher kann auf diesen Begriff verzichtet werden.

1) Larenz, § 2, VI, N 2, S. 29; vgl. auch vorn S. 42 ff.

2) Vgl. vorn S. 23 ff.

§ 11 SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG UND ALLEINVERTRIEBSVERTRAG

I. BEGRIFF UND RECHTSNATUR DES ALLEIN- VERTRIEBSVERTRAGES

Im Alleinvertriebsvertrag verpflichtet sich der Lieferant gegenüber dem Abnehmer, ihm eine bestimmte Ware zu liefern und den ausschliesslichen Vertrieb in einem bestimmten Gebiet zuzusichern. Der Abnehmer seinerseits verpflichtet sich, die Ware, meist im Umfang einer bestimmten Minimalmenge, zu beziehen, zu bezahlen und den Absatz in seinem Gebiet zu fördern. Ueberdies kann auch der Abnehmer verpflichtet sein, die Ware ausschliesslich vom Lieferanten zu beziehen (1).

Der Alleinvertriebsvertrag ist ein Innominatkontrakt mit Kaufcharakter: Das kaufrechtliche Element ist gegeben, da es sich stets um den Austausch von Kaufgegenständen gegen Geld handelt (2). Innominatelemente ergeben sich aus dem (möglichen) Wesen als SLV und aus der Pflicht des Lieferanten, dem Abnehmer den ausschliesslichen Vertrieb zuzusichern. Infolge der Pflicht des Abnehmers, den Absatz

1) Cavin, S. 174 f.; Schluep, S. 841 ff.; Guhl/Merz/Kummer, § 40, II, 2, S. 292; Egger, S. 143 ff.; Weil, SJZ 32 (1935/36) S. 293 ff.

2) Giger, Art. 184, N 6.

in seinem Gebiet zu fördern, weist der Alleinvertriebsvertrag schliesslich eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR) auf. Der Agent schliesst aber Verträge im Namen und für Rechnung seines Auftraggebers ab, während sich der Abnehmer im Alleinvertriebsvertrag in eigenem Namen und auf eigene Rechnung verpflichtet (1).

II. VERHAELTNIS DES SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAGES ZUM ALLEINVERTRIEBSVERTRAG

Der SLV als einheitlicher Innominat- und Dauervertrag mit Kaufcharakter im Sinne dieser Arbeit (2) kann zum Alleinvertriebsvertrag ergänzt werden, indem die Parteien zusätzlich das Alleinvertriebsrecht und die Absatzförderungspflicht des Abnehmers im Vertrag vereinbaren.

Der Alleinvertriebsvertrag kann sich aber auch wesentlich von der Natur des SLV im Sinne dieser Arbeit entfernen, falls kein einheitlicher Vertrag vorliegt: So können die Parteien einen Grund- oder Rahmenvertrag abschliessen, in welchem beispielsweise die Ausschliesslichkeits- und die Verkaufsförderungsklausel enthalten sind und auf dessen Grundlage nachfolgend einzelne, voneinander unabhängige Kaufverträge abgeschlossen werden.

1) Schluep, S. 844; Guhl/Merz/Kummer, § 40, II, 2, S. 292, § 50, IV, 1, S. 479 f.; Cavin, S. 174.

2) Vgl. vorn S. 8.

§ 12 ABGRENZUNG DES SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAGES VOM WERKVERTRAG

I. BEGRIFF UND RECHTSNATUR DES WERKVERTRAGES

Im Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer, ein Werk (1) gegen Entgelt des Bestellers herzustellen (Art. 363 OR). Die Herstellung eines Werkes setzt häufig nicht nur Arbeit, sondern Arbeit und Material voraus. Im letzteren Fall kann das erforderliche Material vom Besteller oder vom Unternehmer geliefert werden. Der Werkvertrag, in welchem sich der Unternehmer zur Stofflieferung verpflichtet, wird nach Lehre und Rechtsprechung als **Werklieferungsvertrag** bezeichnet (2).

Schwierigkeiten können entstehen bei der Abgrenzung zwischen einem Werklieferungsvertrag und einem SLV mit Kaufcharakter (3) über eine Ware, die zur Zeit des Ver-

-
- 1) In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob unter "Werk" auch ein Erfolg nicht körperlicher Natur zu verstehen ist. Für eine Beschränkung des Begriffes auf körperliche Erfolge: Gautschi, Vorbem. zu Art. 363-379, N 1 f.; Guhl/Merz/Kummer, § 47, I, 1, S. 444 f.; BGE 98 II 311. Für eine Ausdehnung des Werkbegriffes auf unkörperliche Erfolge: Gauch, Werkvertrag, S. 23 ff.; Pedrazzini, S. 498 ff.; Becker, Art. 363, N 4 f.; Oser/Schönenberger, Art. 363, N 1 ff.; BGE 83 II 529.
 - 2) Gautschi, Vorbem. zu Art. 363-379, N 14a; Gauch, Werkvertrag, N 32, S. 27; Oser/Schönenberger, Art. 363, N 20; BGE 72 II 349.
 - 3) Vgl. vorn S. 8.

tragsabschlusses nicht oder nur teilweise hergestellt ist. Die Abgrenzung ist von Bedeutung, da bei Kauf- und Werkvertrag unter anderem die Gefahrtragung (Art. 185 OR; Art. 376 OR), das Recht auf Ausbesserung (Art. 368 Abs. 2 OR) sowie das Rücktrittsrecht (Art. 366 Abs. 1, 377 OR) verschieden geregelt sind.

II. ABGRENZUNG DES SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAGES VOM WERKLIEFERUNGSVERTRAG

Die Doktrin hat verschiedene Abgrenzungskriterien entwickelt: Nach einer Meinung soll entscheidend sein, ob zur gehörigen Erfüllung des Lieferungsvertrages noch **Herstellung** geleistet werden müsse. Könne die ganze Lieferung ab Lager erfolgen, so liege ein Kaufvertrag vor. Müsse der Fabrikant bei Vertragsabschluss zumindest einen Teil der Gesamtbestellung erst noch herstellen, so handle es sich um einen Werkvertrag (1).

Dieses Abgrenzungskriterium führt zu unhaltbaren Resultaten (2), weil die Zuordnung zum Kauf- oder Werkvertrag in erster Linie vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abhängt: Schliesst ein Fabrikant einen Lieferungsvertrag über

1) Gautschi, Vorbem. zu Art. 363-379, N 15, Art. 365, N 3 b.

2) Zum gleichen Ergebnis gelangt Klauser, S. 4.

ein Massengut so kurzfristig ab, dass er seine Verpflichtungen aus den Lagerbeständen erfüllen kann, so liegt ein Kaufvertrag vor. Schliesst er den Lieferungsvertrag über die gleiche Ware längerfristig ab, um auch den Absatz der zukünftigen Produktion sicherzustellen, müsste man nach der hier abgelehnten Ansicht stets Werkvertrag annehmen. Auch ist in zahlreichen Fällen bei Vertragsabschluss nicht feststellbar, ob der Fabrikant seinen Lieferverpflichtungen ab Lager oder aus der zukünftigen Produktion nachkommen wird.

Nach anderer Ansicht ist bei der Abgrenzung auf den **typischen Charakter** von Kauf- und Werkvertrag abzustellen: Danach liegt ein Kaufvertrag vor, falls im konkreten Einzelfall **die Sachleistung im Vordergrund steht**. Werkvertrag ist dagegen anzunehmen, falls die Sachleistung in den Hintergrund tritt und **die Arbeitsleistung als Hauptsache erscheint** (1). Der Schwerpunkt liegt auf der Arbeitsleistung, wenn das Produkt den individuellen Wünschen des Abnehmers entsprechen soll (2), wenn der Abnehmer Einfluss auf den Arbeitsprozess nehmen kann (3) (4) oder wenn der Lieferant

1) Giger, Art. 184, N 26; Guhl/Merz/Kummer, § 47, I, 2, S. 445 f.; Oser/Schönenberger, Art. 363, N 20; Becker, Art. 363, N 2.

2) Klauser, S. 4; Pedrazzini, S. 510.

3) Giger, Art. 184, N 26.

4) Auch die Rechtsprechung nimmt bei Lieferungsverträgen Werkvertrag an, falls das Produkt individueller Natur ist: BGE 94 II 157, 77 II 267, 72 II 349, 26 II 584, 24 II 545.

ohne den Vertragsabschluss nicht tätig geworden wäre (1). Nach diesen Kriterien kann der SLV (mit Kaufcharakter) über eine bei Vertragsabschluss noch nicht oder nur teilweise hergestellte Ware sachgerecht vom Werklieferungsvertrag abgegrenzt werden.

Bei serienmässig hergestellten Massengütern, welche naturgemäss keinen individuellen Charakter haben, steht die Sachleistung regelmässig im Vordergrund. Daher handelt es sich bei einem Liefervertrag über ein bei Vertragsabschluss nicht oder nicht völlig hergestelltes Massengut im Zweifel nicht um einen Werklieferungsvertrag, sondern um einen Kauf bzw. SLV (mit Kaufcharakter) (2).

1) Guhl/Merz/Kummer, § 47, I, 2, S. 446.

2) Giger, Art. 184, N 26; Klauser, S. 4 f.

§ 13 ABGRENZUNG DES SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAGES VOM ABZAHLUNGSVERTRAG

I. BEGRIFF UND GELTUNGSBEREICH DES ABZAHLUNGSVERTRAGES

1. Begriff und Geltungsbereich gemäss gültigem Recht

Nach Art. 226a Abs. 1 OR (1) verpflichtet sich der Verkäufer beim Kauf auf Abzahlung, "dem Käufer eine bewegliche Sache vor der Zahlung des Kaufpreises zu übergeben, und der Käufer, den Kaufpreis in Teilzahlungen zu entrichten". Gemäss Art. 226m Abs. 1 OR gelten die Bestimmungen über den Abzahlungsvertrag "für alle Rechtsgeschäfte und Verbindungen von solchen, ..., soweit die Parteien damit die gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie bei einem Kauf auf Abzahlung verfolgen, gleichgültig, welcher Rechtsform sie sich dabei bedienen". Diese Bestimmungen sind für die nachher zu behandelnden Abgrenzungsprobleme von zentraler Bedeutung: Art. 226a Abs. 1 OR umschreibt die **wichtigsten Tatbestandselemente** des Abzahlungsvertrages. In Art. 226m Abs. 1 OR regelt das Gesetz mit einer **Generalklausel** den Geltungsbereich des Abzahlungsvertragsrechtes.

1) Mit BG vom 23. März 1962 (in Kraft seit 1. Januar 1963) wurde der Abzahlungsvertrag neu geregelt.

Nach Inkrafttreten der Normen über den Abzahlungsvertrag (1) zeigte die Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung, die in Art. 226m Abs. 1 OR enthaltene Generalklausel anzuwenden, welche die Möglichkeit geboten hätte, den Anwendungsbereich der Schutznormen des Abzahlungsrechtes auszudehnen und damit der Umgehung dieser Bestimmungen einen Riegel zu schieben (2). Die Rechtsprechung liess sich dabei von der systematischen Eingliederung des Abzahlungsvertrages im Kaufrecht leiten. Mit Zunahme der Umgehungstendenzen machte sie vermehrt von der in Art. 226m Abs. 1 OR enthaltenen Möglichkeit Gebrauch, Abzahlungsrecht auch auf Verträge anzuwenden, mit welchen die Parteien "die gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie bei einem Kauf auf Abzahlung verfolgen...". Nur zögernd entfernte sich die Rechtsprechung von der kaufsabhängigen Begriffsbildung (3) (4).

Auch die Lehre neigt dazu, die in Art. 226m Abs. 1 OR enthaltene Generalklausel extensiv anzuwenden, um einer Umgehung der Schutznormen des Abzahlungsrechtes entgegenzuwirken. Dabei werden zwei verschiedene Ansichten vertreten: Stofer sieht den Abzahlungsvertrag **in Verbindung zum Kaufvertrag**. Der wichtigste Anwendungsfall des Abzahlungs-

1) 1. Januar 1963.

2) Ausführlich hiezu: Giger, Abzahlungsrecht, S. 53 ff.

3) z. B.: ZR 64 (1965) S. 213 ff., Nr. 143 = SJZ 60 (1964) S. 363 f., Nr. 247; ZR 64 (1965) S. 215 ff., Nr. 144 = SJZ 60 (1964) S. 362 f., Nr. 246; SJZ 64 (1968) S. 54 ff., Nr. 18; SJZ 66 (1970) S. 57 f., Nr. 18.

4) Vgl. zur Rechtsprechung über Art. 226m OR: Jeanprêtre, SJZ 74 (1978) S. 269 ff.

kredits liege beim Kauf vor. Wo die Verschuldung des Kunden bei einem mit einem Kauf verwandten Rechtsgeschäft die eines Kaufs erreiche oder ihr nahe komme, seien die Vorschriften von Art. 226a ff. OR anzuwenden. Stofer will eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Abzahlungsnormen zulassen, indem auch Dienstleistungen, die nicht höchstpersönliche Interessen betreffen, analog beurteilt werden könnten (1).

Giger dagegen schlägt eine konsequente Erweiterung des Geltungsbereiches von Art. 226a ff. OR vor: Auf die Anknüpfung des Abzahlungsrechtes an den Kaufvertrag solle verzichtet werden. Vielmehr sei der Abzahlungsvertrag als **eigenständiger Vertragstypus** aufzufassen, dessen Charakter nicht durch die Sach- bzw. Arbeitsleistung bestimmt werde. Für die Subsumption unter die Normen des Abzahlungsvertrages sei einzig und allein das Moment der **Kreditierung mit periodischer Zahlverpflichtung** massgebend, wobei die Natur der Gegenleistung (Sach- oder Arbeitsleistung) völlig nebensächlich bleibe (2).

1) Stofer, S. 141 f.

2) Giger, Abzahlungsrecht, S. 54 ff., bes. S. 81 f.

2. Begriff und Geltungsbereich gemäss dem Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 12. Juni 1978

1978 publizierte der Bundesrat die Botschaft über ein Konsumkreditgesetz (1). Mit der Gesetzesrevision soll der Sozialschutz im Bereich der Verbraucherkreditgeschäfte verbessert werden. Der Entwurf sieht vor, Art. 226 - 228 OR über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungskauf zu revidieren, den Neunten Titel des OR über die Leihe mit einem Dritten Abschnitt über den Kleinkredit zu ergänzen, entsprechende Strafbestimmungen im StGB einzuführen sowie das SchKG und UWG anzupassen (2).

Im Entwurf wird demnach darauf verzichtet, ein einheitliches Spezialgesetz zu schaffen. Zudem wird die Konzeption des Abzahlungsvertrages als eigenständiger Vertragstyp abgelehnt, weil dies einen unverhältnismässig starken Eingriff in das bestehende Vertragssystem mit sich bringe (3). Die wenig einheitliche Einordnung des Konsumkreditrechts in mehrere Gesetze wurde von der Lehre beanstandet (4). Ebenso wurde die Ablehnung der Abzahlungsvertragskonzeption als eigenständiger Vertragstyp kritisiert (5).

1) Botschaft, S. 485 ff.

2) Botschaft, S. 486.

3) Botschaft, S. 530 ff.

4) Giger, Konsumkreditgesetz, S. 26 f.

5) Giger, Konsumkreditgesetz, S. 23 f., 28, 33 ff.; Giger, Sozialschutz, S. 39 f.

Diejenigen Bestimmungen des Entwurfes, welche vom bestehenden Recht abweichen und für die Abgrenzung des SLV vom Abzahlungsvertrag von Bedeutung sind, sollen nachfolgend erwähnt werden: Die bisher in Art. 226a Abs. 1 OR enthaltene Definition wird, redaktionell verbessert, dem Abzahlungsrecht neu in Art. 226 des Entwurfes vorangestellt (1). Der bisher in Art. 226m OR abgesteckte Geltungsbereich ist neu in Art. 226a des Entwurfes umschrieben und erweitert worden. So ist für die Anwendung von Abzahlungsrecht nicht mehr wie bisher eine "gleiche" wirtschaftliche Zweckbestimmung erforderlich, sondern nur noch eine "ähnliche". Sodann fehlt im Entwurf die Bezugnahme auf den Parteiwillen: Abzahlungskauf soll auch für Rechtsgeschäfte gelten, "mit denen sich ähnliche wirtschaftliche Zwecke erreichen lassen" (2). Neu ist Art. 226a Abs. 2, wonach die "Bestimmungen über den Abzahlungskauf gelten für Verträge über zeitlich gestaffelte Sachlieferungen, wenn die Staffelung für den Verkäufer wirtschaftlich nicht notwendig ist und einem offenkundigen Kreditbedürfnis des Käufers entspricht" (3). Schliesslich ist hier noch die neue Regelung gemäss Art. 226a Abs. 3 des Entwurfes zu erwähnen: "Für Verträge über Unterricht, der ganz oder teilweise in Fernkursen erteilt wird und für den Teilzahlungen zu entrichten

1) Botschaft, S. 532.

2) Botschaft, S. 532 f.; kritisch dazu, weil mit diesen Änderungen der Schutzbereich des Abzahlungsrechts überdehnt werde: Giger, Konsumkreditgesetz, S. 40.

3) Botschaft, S. 533; Giger, Konsumkreditgesetz, S. 45.

sind, gelten die Bestimmungen über den Abzahlungskauf sinngemäss; ..." (1). Die Auswirkungen der hier dargelegten Bestimmungen des Entwurfes auf die Abgrenzung des SLV vom Abzahlungsvertrag werden hinten besprochen (2).

II. ABGRENZUNG DES SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAGES VOM ABZAHLUNGSVERTRAG

1. Abgrenzung gemäss gültigem Recht

a) GRUNDSÄTZLICH VERSCHIEDENE NATUR VON SUKZESSIV- LIEFERUNGSVERTRAG UND ABZAHLUNGSVERTRAG

Im SLV schuldet der Lieferant in der Regel eine der Gattung nach bestimmte Ware in sukzessiven, beschränkt selbständigen Raten gegen Entgelt des Abnehmers (3). SLV werden meistens über Massengüter abgeschlossen. Der Lieferant kann sich mit dem Abschluss eines solchen Vertrages längerfristig den Absatz zu gleich bleibenden Preisen sichern. Ebenso kann der Abnehmer die regelmässige Deckung seines Bedarfes bei gleicher Qualität über eine längere

1) Botschaft, S. 533 f.; Giger, Konsumkreditgesetz, S. 46.

2) Hinten S. 77 f.

3) Vgl. vorn S. 8.

Zeitspanne sicherstellen. Mit dem Bezug einer grösseren Warenmenge vermag der Abnehmer einen günstigeren Preis zu erzielen. Zudem kann er die Lagerhaltung reduzieren, da die kontinuierliche Zulieferung vertraglich gesichert ist (1). Die Unterteilung der Lieferung in einzelne Warenraten ist aufgrund des Charakters der Ware als Massengut notwendig. Der Preis wird im SLV nach Massgabe der einzelnen Warenlieferungen geschuldet. Die Parteien können dabei festlegen, dass innerhalb des einzelnen Leistungspaares (Warenrate / Preisrate) Zug um Zug erfüllt werde, dass der Preis vor oder nach der Lieferung einjeder Warenrate zu bezahlen sei oder dass erst nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne Rechnung gestellt werde (2). Wie die Erfüllung innerhalb des einzelnen Leistungspaares geordnet wird, ist aber unwichtig. Entscheidend ist vielmehr, dass die Zahlungsraten im SLV "das wertmässige Aequivalent" (3) zu den Warenraten bilden.

Der Abzahlungsvertrag dagegen weist eine grundsätzlich verschiedene Natur auf: Er zielt nicht darauf ab, innerhalb des einzelnen Vertrages eine nach der Gattung, d. h. nach Qualität und Quantität bestimmte Ware in grösseren Mengen umzusetzen. Gegenstand des einzelnen Abzahlungsvertrages sind nicht Massengüter, sondern einzelne Objekte, wie beispielsweise Möbel, Radios, Fernsehgeräte, Waschmaschinen

1) Vgl. vorn S. 4 f.

2) Vgl. vorn S. 38 f.

3) Giger, Abzahlungsrecht, S. 94.

oder Automobile (1). Infolge der Beschaffenheit solcher Güter ist die Unterteilung in einzelne Warenraten nicht möglich oder nicht nötig. Wirtschaftliche Ueberlegungen, welche vorher im Zusammenhang mit dem SLV erwähnt wurden, spielen hier keine Rolle. Prägendes Merkmal des Abzahlungsvertrages ist vielmehr, dass dem Abnehmer die Erleichterung ermöglicht wird, den Preis nicht auf einmal, sondern in Raten zu bezahlen und dennoch sofort über die gewünschte Ware verfügen zu können (2). Massgebend ist somit "das Moment der Kreditierung mit periodischer Zahlverpflichtung" (3). Die Zerlegung des Preises in kleinere Raten sowie die Möglichkeit, in den sofortigen Besitz der Ware zu gelangen, birgt für den Käufer die Gefahr, dass er sich zu einem Vertragsabschluss hinreissen lässt, ohne über die notwendigen Zahlungsmittel zu verfügen oder ohne die Ware auch wirklich zu benötigen (4). Dieser Gefahr will das Abzahlungsrecht begegnen und einen "erhöhten Sozialschutz" durchsetzen (5).

Diese grundsätzlichen Unterschiede in der juristischen und wirtschaftlichen Natur des typischen SLV einerseits und des typischen Abzahlungsvertrages anderseits dürfen nicht verwischt werden. Abzulehnen ist daher die Ansicht Kollers, (typische) SLV seien dem Abzahlungsrecht zu unter-

1) Giger, Abzahlungsrecht, S. 22 f.

2) Stofer, S. 5.

3) Giger, Abzahlungsrecht, S. 81.

4) Für viele: Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 7, S. 311.

5) Giger, Abzahlungsrecht, S. 40.

stellen, falls sie unkündbar sind (1). Er vertritt diese Meinung vorab im Bestreben, den Kaufvertrag mit Subskriptionsangebot über ein mehrbändiges Lexikon dem Abzahlungsrecht zu unterstellen. In solchen Verträgen werden Ratenlieferungen vereinbart, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die einzelnen Bände erst nach und nach erscheinen. Es handelt sich dabei um eine **atypische** Form des SLV, weil die Unterteilung in einzelne Raten nicht durch die Massengut-Eigenschaft der geschuldeten Ware bedingt ist (2). Wie solche Verträge im einzelnen zu behandeln sind, soll weiter hinten untersucht werden (3). Hier ist nur die Ansicht zu widerlegen, dass auch **typische** SLV allgemein dem Abzahlungsrecht zu unterstellen sind:

Nach Koller soll zur Beantwortung der Frage, ob Abzahlungsrecht auf den SLV anzuwenden sei, **nicht** auf das Moment der Kreditierung abgestellt werden: "Von der Vorstellung einer offenen oder versteckten Kreditierung muss ... dann abgewichen werden, wenn aus sachlichen Gründen eine Staffelung von Sach- und Geldleistung durchgeführt wird..." Beim (echten) SLV verlange "das Sozialschutz-Bedürfnis des Käufers gebieterisch die Anwendung der abzahlungsrechtlichen Bestimmungen" (4). Durch den Verzicht auf das Merkmal der Kreditierung wird aber der Abzahlungsvertragsbegriff seines innersten und wesentlichsten Merkmals entkleidet. Eine auch

1) Koller, SJZ 75 (1979) S. 53 ff.

2) Vgl. vorn S. 2 f.

3) Vgl. hinten S. 72 ff.

4) Koller, SJZ 75 (1979) S. 57.

nur ungefähre Definition des Abzahlungsvertrages würde damit verunmöglicht. Anstelle einer klaren begrifflichen Erfassung soll eine nicht näher bestimmbare "Identität des Sozialschutzbedürfnisses" massgebend sein. Die Rechtssicherheit, welche eindeutige und voraussehbare Lösungen verlangt (1), wäre damit nicht mehr gewährleistet, und der Anwendungsbereich der abzahlungsrechtlichen Normen würde weit überdehnt (2). Die gesamte Doktrin ist denn auch der Ansicht, dass zur begrifflichen Erfassung des Abzahlungsvertrages auf das Merkmal der Kreditierung mit Aufteilung des Entgeltes in einzelne Raten abzustellen sei (3). Da aber im typischen SLV weder eine offene noch eine versteckte Kreditierung vorliegt, der Preis vielmehr nach Massgabe der einzelnen Warenlieferungen geschuldet wird, ist dieser Vertrag nicht dem Abzahlungsrecht zu unterstellen.

Die Bestimmungen des Abzahlungsvertrages, welche den gefährdeten Käufer vor übereilten, unnötigen und finanziell belastenden Vertragsabschlüssen schützen wollen (4), passen in ihrem gesamten Wesen nicht auf die im Handel zahlreich

1) Meier-Hayoz, Art. 1, N 332.

2) Abzahlungsrecht wäre letztlich auf alle über eine bestimmte Zeit abgeschlossene Dauerverträge anzuwenden, in welchen Geld in zeitlichen Abständen geschuldet wird, wenn es das "Sozialschutz-Bedürfnis" verlangt.

3) Giger, Abzahlungsvertrag, S. 81 f., 84; Stofer, S. 49 f., 50 ff.

4) Giger, Abzahlungsrecht, S. 40; Stofer, S. 23 f.

abgeschlossenen SLV (1). Dies trifft beispielsweise auf Art. 226a Abs. 2 und 3, Art. 226b und Art. 226c OR zu. Hier hilft auch das Argument nicht weiter, SLV seien aufgrund von Art. 226m Abs. 4 OR von den Abzahlungsvertragsnormen "nur wenig betroffen" (2). Sicher wird es oft vorkommen, dass beim SLV der Käufer im Handelsregister eingetragen ist und deshalb nicht alle Abzahlungsvertragsnormen zur Anwendung gelangen. Aber auch die verbleibenden Bestimmungen sind für SLV des Handels völlig unpassend: Dies trifft beispielsweise auf die Einschränkung des Wahlrechts des Verkäufers bei Verzug des Käufers zu (Art. 226h Abs. 2 OR). Auch Art. 226i Abs. 1 OR ist nicht anwendbar, da SLV nicht mit Wirkung ex tunc, sondern mit Wirkung ex nunc aufgelöst werden (3). Gleich verhält es sich mit dem in Art. 226k OR statuierten Eingriffsrecht des Richters in den Vertrag, welches allein mit dem Schutz des (schwachen) Abzahlungskäufers begründet werden kann und bei den im Handel auftretenden SLV keinesfalls Anwendung findet.

1) Vgl. vorn S. 4 f.

2) Koller, SJZ 75 (1979) S. 58.

3) Vgl. hinten S. 100.

b) ABGRENZUNGSPROBLEME IM EINZELNEN

Wie vorher gezeigt wurde, sind der (typische) SLV und der Abzahlungsvertrag in juristischer und wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich verschieden. Daher verursacht die Zuordnung eines konkreten Vertrages zum einen oder anderen Typ in der Regel keine besonderen Probleme. Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen vorab bei **atypischen** SLV. Die Atypizität besteht darin, dass eine Unterteilung der Lieferung in gestaffelte Raten nicht aufgrund der Massengut-Eigenschaft der Ware als notwendig erscheint. Bei solchen Verträgen muss stets geprüft werden, ob die Annahme eines SLV nicht dazu dient, die Schutznormen des Abzahlungsrechts zu umgehen.

aa) Echter Sukzessivlieferungsvertrag, unechter Sukzessivlieferungsvertrag

Der SLV weist eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Abzahlungsvertrag auf, indem bei beiden Vertragstypen das Entgelt in Raten geschuldet wird. Aus diesem Grund scheint sich der SLV als "Tarnung" zu eignen, um den abzahlungsrechtlichen Charakter von Verträgen zu verschleiern (1). Gewisse Verkäufer beabsichtigen damit, die für sie nachteiligen Schutznormen des Abzahlungsrechtes zu umgehen,

1) Giger, Abzahlungsrecht, S. 84.

insbesondere auch das in Art. 226c OR enthaltene Verzichtrecht des Käufers auszuschalten. Zu diesem Zweck **staffelt** der Verkäufer die Lieferung in einzelne Raten, obwohl dies aufgrund der Beschaffenheit der Ware **keiner wirtschaftlichen Notwendigkeit entspricht**. Damit soll der Eindruck hervorgerufen werden, der in Raten (ab-)zahlende Käufer leiste Zug um Zug, weshalb keine Kreditierung und damit kein Abzahlungsvertrag, sondern ein SLV vorliege:

Vertragsgegenstand ist beispielsweise eine Kassette, bestehend aus 20 Schallplatten mit dem gesamten Orgelwerk von Bach. Der Verkäufer liefert die Kassette aber nicht als Ganzes, was ohne weiteres möglich wäre, sondern nur jeweils eine Schallplatte monatlich gegen Bezahlung nach Empfang. 20 voneinander unabhängige Bücher werden als "Paket" verkauft. Die Bücher werden aber nicht zusammen geliefert, sondern jeweils ein Buch monatlich gegen Bezahlung nach Empfang. Besonders im Zusammenhang mit Fernkursverträgen kommen diese Umgehungspraktiken häufig vor (1): Ein Fernkurs bestehend aus einer bestimmten Anzahl Lehrheften oder Schallplatten wird als Einheit verkauft. Die einzelnen "Lektionen" werden in monatlichen Abständen zugestellt, wobei das Entgelt vor oder nach der jeweiligen Lieferung geschuldet wird.

Diesen Beispielen ist gemeinsam, dass vom Verkäufer aus gesehen die Unterteilung des Vertragsgegenstandes in

1) Giger, Abzahlungsrecht, S. 84.

einzelne Raten wirtschaftlich nicht nötig ist (1). Der Verkäufer könnte sein Produkt sogar billiger anbieten, wenn die Lieferung als Ganzes erfolgen würde, weil damit die Spesen für Verpackung, Versand und Buchhaltung reduziert würden. Die Staffelung in einzelne Warenraten erfolgt in erster Linie, um dem Käufer zu ermöglichen, den Preis nicht auf einmal, sondern in Raten zahlen zu können, unter gleichzeitiger Umgehung der abzahlungsrechtlichen Schutznormen. Dass der Vertragsgegenstand ratenweise geliefert wird, dient letztlich der Sicherheit des Lieferanten (2). Auf solche als "unechte SLV" (3) bezeichnete Verträge sind die Bestimmungen des Abzahlungsrechtes anzuwenden, da es sich dabei um die umgangenen Normen handelt. Sonst würde der Zweck dieser Normen, nämlich der Schutz des Abzah-

-
- 1) Bei Massengütern wie Kohle oder Getreide besteht dagegen eine wirtschaftliche Notwendigkeit in Raten zu liefern.
 - 2) Giger, Abzahlungsrecht, S. 94.
 - 3) Die Begriffe "unechter SLV" und "echter SLV" sind üblich geworden. Richtiger wäre es m. E., den "unechten SLV" als Abzahlungsvertrag und den "echten SLV" als SLV zu bezeichnen.

zahlungskäufers vereitelt (1) (2).

bb) Echter Sukzessivlieferungsvertrag mit
Subskriptionsangebot, unechter Sukzessiv-
lieferungsvertrag mit scheinbarem
Subskriptionsangebot

Im typischen SLV ist die ratenweise Lieferung aufgrund des Charakters der Ware als Massengut wirtschaftlich notwendig (3). Die Staffelung kann aber auch aus anderen Gründen nötig sein: Bei Verträgen über zusammengehörige Buchreihen oder Lexika werden Ratenlieferungen vereinbart, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die einzelnen Bände

1) Giger, Abzahlungsrecht, S. 84, 92 ff.; Stofer, S. 50 ff.

2) Die Rechtsnatur der Kurs- und der Unterrichtsverträge ist jedoch umstritten. Diese gemischten Verträge enthalten Elemente des Kaufs, des Auftrags und teilweise auch der Miete. Die Ansicht, es handle sich um einen Vertrag eigener Art (*sui generis*) ist abzulehnen (Giger, Abzahlungsrecht, S. 108 ff.; Fischer, BJM (1971) S. 217 f.). Für die Anwendung von Abzahlungsrecht: Giger, Abzahlungsrecht, S. 92 ff., 107 f. Für eine gekoppelte Anwendung von Abzahlungsrecht und Auftragsrecht in dem Sinne, dass die zwingenden Vorschriften beider Vertragstypen anzuwenden sind, gleichgültig, welcher Vertragstyp wirtschaftlich bedeutsamer ist: Stofer, S. 54 f.; Fischer, BJM (1971) S. 205 ff., vgl. auch die reichlich zitierte Rechtsprechung. Abzulehnen ist die Ansicht von Burkhardt, S. 48 ff., wonach Fernkursverträge in der Form echter SLV aus pädagogischen Gründen zulässig sein sollen.

3) Vgl. vorn S. 2 f.

erst nach und nach erscheinen. Es handelt sich dabei um eine atypische Form des SLV, weil die Unterteilung in Raten nicht infolge der Massengut-Eigenschaft der geschuldeten Ware erforderlich ist.

Zahlreiche Gründe veranlassen einen Verlag, eine in sich geschlossene Buchreihe oder ein Lexikon in der Form eines (echten, aber atypischen) SLV mit Subskriptionsangebot zu vertreiben: Mit diesem Vorgehen ist es beispielsweise möglich, mehrere Autoren unter einem gemeinsamen Titel zusammenzufassen und damit auch unbekanntere Schriftsteller bzw. Texte im Buchhandel zu verbreiten. Oftmals werden die einzelnen Bände einheitlich gestaltet und mit einem Vorwort oder Kommentar des Herausgebers versehen. Sie werden nach und nach bearbeitet und gedruckt. Bei Lexika besteht die Möglichkeit, die einzelnen Bände sukzessive zu verfassen oder zu überarbeiten und anschliessend zu drucken. Eine gleichzeitige Bearbeitung und Drucklegung der ganzen Reihe käme aus praktischen Gründen nicht in Frage. Die Staffelung der Produktion verbunden mit der Möglichkeit, eine Buchreihe bzw. ein Lexikon als Einheit zu verkaufen, erlaubt es zudem, die Herstellungskosten massiv zu senken.

Abzulehnen ist die Ansicht Kollers, auf SLV mit Subskriptionsangebot müsse Abzahlungsrecht angewendet werden, sofern solche Verträge unkündbar seien (1). Zunächst ist

1) Koller, SJZ 75 (1979) S. 53 ff.

festzuhalten, dass ein jederzeitiges Kündigungsrecht des Käufers bei einem SLV über eine zusammengehörige Buchreihe oder über ein Lexikon zumeist nicht in Frage kommt, da der Verkäufer einen verbleibenden Restteil des Werkes nicht mehr verkaufen könnte. Somit wären praktisch alle SLV mit Subskriptionsangebot dem Abzahlungsrecht zu unterstellen. Koller begründet seine Meinung mit dem "Sozialschutz-Bedürfnis des Käufers" (1). Vorn wurde gezeigt, dass es unzulässig ist, die Anwendung von Abzahlungsrecht allein mit dem nicht näher bestimmbaren Sozialschutz-Bedürfnis zu begründen und auf das Merkmal der Kreditierung völlig zu verzichten (2). Beim SLV mit Subskriptionsangebot spielt aber das Moment der (allenfalls vorhandenen, versteckten) Kreditierung eine nebensächliche Rolle. Im Vordergrund steht vielmehr die vorher erwähnte, **wirtschaftliche Notwendigkeit**, die den Herausgeber veranlasst, Verträge in dieser Form abzuschliessen. Der Abschluss eines SLV mit Subskriptionsangebot liegt aber auch im Interesse des Käufers, weil damit der Gesamtpreis einer Buchreihe gesenkt werden kann (3). Die Anwendung von Abzahlungsrecht auf solche Verträge würde **unnötige** administrative Umtriebe und damit Unkosten verursachen, die letztlich der Käufer zu tragen hätte (4).

1) Koller, SJZ 75 (1979) S. 57.

2) Vgl. vorn S. 65 ff.

3) Beim Abzahlungsvertrag dagegen wird der Gesamtpreis durch die Ratenzahlungen erhöht.

4) Eine dem Konsumentenschutzgedanken zuwiderlaufende Auswirkung.

Koller will mit der Anwendung von Abzahlungsrecht vor allem erreichen, dass dem Käufer das in Art. 226c OR enthaltene Recht zusteht, innert fünf Tagen die Verzichtserklärung abzugeben. Bei SLV mit einem echten Subskriptionsangebot wird meistens eine für den Käufer günstigere Regelung vorgesehen: Der Reklame über ein Lexikon wird ein "Bestell-Coupon" beigelegt. Nachdem der Interessent diesen eingesandt hat, wird ihm ein Probeband für zehn Tage zur unverbindlichen Ansicht zugestellt. Der Interessent hat dann ausreichend Zeit, den Kauf zu überdenken (1). Behält er den Probeband, so ist der Vertrag über das ganze Lexikon zustande gekommen. Schickt er ihn zurück, entstehen keine Kostenfolgen (2). Falls der Käufer seine eingegangene Verpflichtung erst während der Vertragsabwicklung bereut, wäre ihm in den meisten Fällen auch mit Art. 226c OR nicht geholfen, weil die Frist von fünf Tagen längstens verstrichen ist. Somit sind echte SLV mit Subskriptionsangebot nicht dem Abzahlungsrecht zu unterstellen.

Schliesslich bleibt noch die Frage zu beantworten, welche Normen auf Lieferungsverträge anzuwenden sind, wenn die gesamte Bücherreihe oder das gesamte Lexikon inzwischen erschienen und im Lager des Verlegers vorrätig ist. Hier ist vom Verleger aus gesehen eine Staffelung der Ware in

1) Mehr als die in Art. 226c OR vorgesehenen fünf Tage.

2) Alle von mir überprüften Formulare von SLV mit echtem Subskriptionsangebot weisen ein gleiches oder ähnliches Verfahren auf.

einzelne Raten **wirtschaftlich nicht mehr nötig**. Es handelt sich bei solchen Verträgen um Grenzfälle, welche unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt werden müssen: Falls der Verkäufer das vorher erwähnte Verfahren anwendet, welches dem Interessenten eine ausreichend lange und ungestörte Ueberlegungsfrist einräumt, ist es m. E. gerechtfertigt, solche **Verträge mit scheinbarem Subskriptionsangebot** als **echte SLV** und nicht als Abzahlungsverträge zu beurteilen. Damit wird auch vermieden, dass auf Lieferungsverträge mit dem Zeitpunkt der Herstellungsbeendigung bzw. mit der Verfügbarkeit der gesamten Buchreihe ab Lager andere Normen angewendet werden müssen. Falls aber dem Käufer vor Vertragsabschluss keine ausreichende Ueberlegungsfrist eingeräumt wird, der Käufer beispielsweise von einem Vertreter zum direkten Vertragsabschluss überredet wird, so ist Abzahlungsrecht anzuwenden. In solchen Fällen ist anzunehmen, dass die künstliche Staffelung der Warenlieferung erfolgt, um dem Käufer zu ermöglichen, den Preis in Raten zu bezahlen. Ein solcher Vertrag ist als **unechter SLV mit scheinbarem Subskriptionsangebot** dem Abzahlungsrecht zu unterstellen.

2. Abgrenzung gemäss dem Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 12. Juni 1978

Wichtigste Norm bezüglich des hier zu behandelnden Abgrenzungsproblems ist Art. 226a Abs. 2 des Entwurfes: "Die Bestimmungen über den Abzahlungskauf gelten für Verträge über zeitlich gestaffelte Sachlieferungen, wenn die Staffelung für den Verkäufer wirtschaftlich nicht notwendig ist und einem offenkundigen Kreditbedürfnis des Käufers entspricht." Mit dieser Spezialnorm wird der "unechte SLV" erfasst bzw. diejenigen Merkmale umschrieben, die eine Umgehung des Abzahlungsvertragsrechts charakterisieren. Zwar gelangt man mit den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die Gesetzesumgehung aufgrund des bestehenden Rechts zum gleichen Resultat, doch wird durch diese Formulierung Klarheit geschaffen. Einerseits muss also für den Verkäufer die Staffelung der Ware wirtschaftlich nicht notwendig sein. Andererseits muss die Staffelung der Warenlieferung einem offenkundigen Kreditbedürfnis des Käufers entsprechen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, um einen "unechten SLV" anzunehmen, auf den Abzahlungsrecht anzuwenden ist (1). Damit werden nur Fälle mit eindeutiger Gesetzesumgehungstendenz dem Abzahlungsrecht unterstellt.

Somit werden nach Art. 226a Abs. 2 des Entwurfes die (typischen) SLV im Sinne dieser Arbeit (2) nicht dem Ab-

1) Giger, Konsumkreditgesetz, S. 45.

2) Vgl. vorn S. 8.

zahlungsrecht unterstellt, da für den Lieferanten die Staffe-
lung der Warenlieferung wirtschaftlich notwendig ist und
beim Abnehmer keine Kreditierung vorliegt (1). Ebenso wer-
den nach dieser Bestimmung die (atypischen) SLV mit Sub-
skriptionsangebot nicht dem Abzahlungsrecht unterstellt,
da die Staffe- lung der Warenlieferung für den Verleger/Her-
ausgeber wirtschaftlich notwendig ist (2). Dagegen ist nach
Art. 226a Abs. 2 des Entwurfes Abzahlungsrecht auf unechte
SLV (3) und auf unechte SLV mit scheinbarem Subskriptions-
angebot (4) anzuwenden, weil die Staffe- lung für den Verkäu-
fer wirtschaftlich nicht notwendig ist und einem offenkun-
digen Kreditbedürfnis des Käufers entspricht.

Die in Art. 226a Abs. 1 des Entwurfes enthaltene und
erweiterte Generalklausel (5) kommt infolge der Spezialnorm
von Art. 226a Abs. 2 beim hier zu behandelnden Abgrenzungs-
problem nicht mehr zur Anwendung. Schliesslich ist auch
für Fernkursverträge, bei welchen der SLV häufig als "Tar-
nung" missbraucht wird, mit Art. 226a Abs. 3 des Entwurfes
eine weitere Spezialnorm vorgesehen, wonach Abzahlungsrecht
sinngemäss auf Fernkursverträge anzuwenden ist, falls Teil-
zahlungen vereinbart werden (6).

1) Vgl. vorn S. 63 ff.

2) Vgl. vorn S. 72 ff.

3) Vgl. vorn S. 69 ff.

4) Vgl. vorn S. 75 f.

5) Vgl. vorn S. 62.

6) Giger, Konsumkreditgesetz, S. 46.

3. KAPITEL

VERTRAGSABWICKLUNGSSTÖRUNG

§ 14 RECHTSANWENDUNG BEI INNOMINATKONTRAKTEN

I. ALLGEMEINES

1. Auslegung

Der Vertrag kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). Ist der Vertragstext sorgfältig und genau formuliert, bereitet die Erfassung des Vertragsinhaltes keine Schwierigkeiten. Sind aber Ungenauigkeiten und Fehler enthalten, so bedarf es der **Auslegung** des Vertrages, um den wirklichen Sinn der Willensäusserungen zu erkennen. Massgebende Richtschnur für die Auslegung von Verträgen ist nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung das **Vertrauensprinzip**: Danach sind Willensäusserungen in dem Sinne auszulegen, wie sie der Empfänger als vernünftige und korrekte Person in guten Treuen verstehen durfte und verstehen musste (1).

1) Merz, Art. 2, N 125; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N 181; von Tuhr/Siegwart/Peter, § 34, N 12a, S. 287; Keller, Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, SJZ 57 (1961) S. 313 ff.; Otfinger, Auslegung und Ergänzung, ZSR 58 (1939) S. 185 f.

Der Grundsatz der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip gilt sowohl für Nominat- als auch für Innominatverträge. Dass letztere im Gesetz nicht oder nur teilweise geregelt sind, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle (1). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hat gegenüber dem dispositiven Recht (2) und, was für Innominatverträge von Bedeutung ist, auch gegenüber allfällig bestehendem Gewohnheitsrecht den Vorrang.

2. Ergänzung

Ist der Sinn einer Willensäußerung im Vertrag unklar, so muss sie ausgelegt werden. Davon ist der Vertrag zu unterscheiden, in welchem die Parteien einen Punkt zu regeln unterliessen, der einer Regelung bedarf (3). Im Streitfall hat der Richter den lückenhaften Vertrag zu ergänzen (4).

Da das Gesetz bei Innominatverträgen kein dispositives Recht bereitstellt (5) und dem lückenhaften Vertrag (zu-

1) Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 4 f.; Schluep, S. 796.

2) Deschenaux, S. 170.

3) Nach Merz hat die Abgrenzung von Auslegung und Ergänzung der Rechtsgeschäfte keine praktische Bedeutung; vgl. auch die zum Meinungsstreit zitierte Literatur: Merz, Art. 2, N 137.

4) Haben sich die Parteien in einem **wesentlichen** Punkt nicht geeinigt, so ist der Vertrag nicht zustande gekommen.

5) Vgl. vorn S. 11.

nächst) zur Problemlösung auch keine Regel entnommen werden kann, stellt sich die Frage, welche Normen der Richter im Streitfall anwenden soll:

Auszugehen ist von dem im schweizerischen Recht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. Danach haben die Parteien das Recht, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung Sinn, Zweck und Charakter eines Vertrages frei zu wählen, ihn individuell zu prägen (1). Eine Lücke ist daher in erster Linie aufgrund derjenigen Normen auszufüllen, welche sich die Parteien selbst gesetzt haben. Die Lücke im Vertrag ist der ihm eigenen Ordnung entsprechend zu ergänzen, wodurch eine individuelle, dem konkreten Vertrag gerechte Lösung gefunden werden kann. Dabei sind neben den Vertragsbestimmungen auch die gesamten Begleitumstände zu berücksichtigen (2); Richtschnur (auch) der **Vertragsergänzung** ist das **Vertrauensprinzip** (3) (4).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Bestimmungen des allgemeinen Teiles des OR grundsätzlich auch

1) Deshalb sind Innominatverträge zulässig. Vgl. vorn S. 12 f.

2) Merz, Art. 2, N 152.

3) Merz, Art. 2, N 135 f., 145; Schluep, S. 796 ff.; Yung, ZBJV 97 (1961) S. 48; vgl. auch die vorn S. 79 zitierte Literatur.

4) Auch Nominatverträge sind nach dem Vertrauensprinzip zu ergänzen und das dispositive Recht hat zurückzutreten, falls die Berücksichtigung der Natur des konkreten Vertrages dies erfordert. Vgl. Merz, Art. 2, N 138; Schluep, S. 793.

bei Innominatverträgen anwendbar sind. Erfordert aber die besondere Natur eines konkreten Innominatvertrages, entsprechend der Vertragsergänzung nach dem Vertrauensprinzip, eine spezielle Norm, mit welcher die Vertragslücke zu schliessen ist, so haben die dispositiven Bestimmungen des allgemeinen Teiles des OR zurückzutreten (1).

Ist zu einem Innominatvertrag Gewohnheitsrecht entstanden, so gilt folgendes: Falls der konkrete, lückenhafte Vertrag in Sinn, Zweck und Charakter demjenigen Innominatvertrag entspricht, zu welchem sich Gewohnheitsrecht gebildet hat, muss der Richter aufgrund des Gewohnheitsrechtes entscheiden (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Erfordert aber die besondere Natur des lückenhaften Vertrages zur Lückenfüllung eine spezielle Norm, so hat auch das Gewohnheitsrecht zurückzutreten.

Zur Ergänzung lückenhafter Innominatverträge hat der Richter die im OR für ähnliche Tatbestände enthaltenen Bestimmungen über Nominatverträge zu berücksichtigen. Er soll sich "an den Geist der vorhandenen Rechtsordnung" halten (2).

1) Meier-Hayoz, SJK 1143, S. 6 f.; Schluep, S. 780, 797.

2) Meier-Hayoz, SJK 1134, S. 6; SJK 1135, S. 5 f.; Art. 1, N 351 ff.

II. RECHTSANWENDUNG BEIM SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG

Massgebend ist der von den Parteien vereinbarte Vertragstext. Bestehen Unklarheiten, müssen sie durch **Auslegung nach dem Vertrauensprinzip** behoben werden (1).

Weist der SLV **Lücken** auf, so ist er ebenfalls **nach dem Vertrauensprinzip** zu ergänzen (2). Daher ist es unzulässig, zur Vertragsergänzung direkt die dispositiven Normen des Kaufrechtes anzuwenden. Bestehen im SLV Lücken, so sind sie vielmehr aus der ihm eigenen Ordnung heraus zu schließen (3).

Fehlen aber im konkreten SLV genügend "subjektive Anknüpfungspunkte" (4), kann die Vertragsergänzung allein aufgrund der individuellen Natur des Vertrages erschwert oder gar unmöglich werden: In diesem Fall sind grundsätzlich die Normen des allgemeinen Teiles des OR auf den SLV anwendbar, falls sie sich zur Lückenfüllung eignen (5). Sodann ist festzuhalten, dass zur Ergänzung eines lückenhaften SLV nicht direkt auf die dispositiven Bestimmungen des Kaufvertrages abgestellt werden kann: Wie vorn gezeigt wurde, ist der SLV ein Innominat- und Dauervertrag mit

1) Vgl. vorn S. 79 f.

2) Vgl. vorn S. 80 ff.

3) Merz spricht von "vertragssystematischer Einordnung":
Vgl. Merz, Art. 2, N 138.

4) Merz, Art. 2, N 138.

5) Vgl. vorn S. 81 f.

mit Kaufcharakter (1). Zahlreiche Normen des Kaufrechtes sind nicht oder nur in beschränktem Mass auf den SLV zugeschnitten und eignen sich daher nicht, um allfällige Lücken im Vertrag zu schliessen. Wie hinten dargelegt werden soll, finden die Kaufsnormen vorab dann keine Anwendung, wenn der Natur des SLV als Dauerschuldverhältnis Rechnung getragen werden muss (2). Tritt der Dauervertragscharakter in den Vordergrund, so hat der Richter die allgemeinen, aus dem Gesetz ersichtlichen Rechtsgrundsätze über die Dauerverträge zu berücksichtigen. Hier ist vor allem an die vom Gesetz bei Dauerverträgen gewährte Möglichkeit der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund zu denken (3). Die Anwendung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze auf den SLV hat der Richter kritisch zu prüfen. Sie haben keine allgemeine Geltung, sondern können im konkreten Fall als Anhaltspunkte für eine sachgemässe Interessenabwägung dienen (4).

Abschliessend ist nochmals festzuhalten, dass die allgemeinen Bestimmungen des OR, die Normen des Kaufrechtes und die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Dauerschuldverhältnisse nur zu berücksichtigen sind, wenn die Ergänzung des Vertrages aufgrund der ihm eigenen Ordnung mangels genügender "subjektiver Anknüpfungspunkte" nicht zum Ziel führt.

-
- 1) Er ist zu den Verträgen eigener Art zu zählen, da das OR den Kauf als Dauervertrag nicht regelt. Der SLV gehört auch zur Gruppe der gemischten Verträge, weil er Elemente des Kaufvertrages aufweist. Vgl. vorn S.16 f.
 - 2) Vgl. hinten S. 104 f., 126 f., 150 ff.
 - 3) Z. B.: Miete, Art. 269 OR; Arbeitsvertrag, Art. 337 OR; Agenturvertrag, Art. 418r OR; einfache Gesellschaft, Art. 545, Ziff. 7 OR; vgl. hinten S. 110 ff.
 - 4) Meier-Hayoz, Art. 1, N 410 ff.; Deschenaux, S. 113 f.

§ 15 VERZUG IM SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG

I. ALLGEMEINES

1. Begriff und Voraussetzungen des Verzuges

Merkmal des Verzuges ist die eingetretene Leistungsverspätung. Das Gesetz setzt bei der Regelung der Verzugsfolgen voraus, dass die Erbringung der verspäteten Leistung noch möglich ist. Leistungsunmöglichkeit schliesst Verzug aus. Bei eingetretener Unmöglichkeit kann die Verpflichtung nicht mehr darauf abzielen, die ursprüngliche Leistung nachzuholen. Der Verzugsschuldner hat in diesem Fall statt der ursprünglichen Leistung Schadenersatz zu erstatten (1).

Der Eintritt des Verzuges hängt von bestimmten, in Art. 102 OR geregelten Voraussetzungen ab: Zunächst muss die Forderung fällig sein (Art. 102 Abs. 1 OR). Der Schuldner muss verpflichtet sein zu leisten, und der Gläubiger muss fordern dürfen. Sodann sollen die Verzugsfolgen den Schuldner erst dann treffen, wenn er vom Gläubiger gemahnt worden ist (Art. 102 Abs. 1 OR). Mit der **Mahnung** fordert der Gläubiger den Schuldner auf, die fällige Leistung zu vollziehen. Die Mahnung bedarf keiner besonderen Form. Mit ihr muss der Gläubiger aber klar bekannt geben, dass die fäl-

1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 72, N 4, S. 135; von Büren, § 7, vor N 1, S. 365.

lige Leistung erfüllt werden solle (1). Keiner Mahnung bedarf es, wenn die Parteien einen bestimmten Verfalltag vereinbart haben oder sich ein solcher infolge einer gehörig vorgenommenen Kündigung ergibt (Art. 102 Abs. 2 OR). Bestimmt im Sinn des Gesetzes ist der Verfalltag, falls er nach dem Kalender festgelegt ist oder aufgrund des Vertrages genau berechnet werden kann (2).

2. Besondere Verzugsprobleme im Sukzessivlieferungsvertrag als Dauerschuldverhältnis

Während der Erfüllung eines SLV kann Verzug mit einer oder mehreren Raten zu verschiedenen Zeitpunkten eintreten: Zunächst ist an den Fall zu denken, in dem eine Partei schon mit der ersten Rate in Verzug gerät. Sodann ist Verzug mit einer mittleren Rate möglich, nachdem ein Teil des SLV bereits erfüllt worden ist. In diesen beiden Fällen kann sich die Leistungsverspätung auf eine Rate beschränken oder, wenn der Schuldner weiterhin nicht leistet, mit fortschreitendem Zeitablauf auf weitere Raten ausdehnen. Die Stellung, welche einzelne verspätete Raten in der gesamten Abwicklung des SLV einnehmen, sowie die Anzahl derselben, beeinflussen massgebend die Interessen des Verzugsgläubigers:

1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 72, N 12 f., S. 136 f.

2) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 72, N 31 ff., S. 138 f.

Ist eine Vertragspartei schon mit der ersten Zahlungs- oder Sachleistungsrate in Verzug, so kann für den Gläubiger eine bedenkliche Lage entstehen. Hat er den SLV mit einem schlechten Zahler oder einem unzuverlässigen Lieferanten abgeschlossen, kann die längerfristige Bindung an den Verzugsschuldner eine unzumutbare Belastung darstellen. Der Verzugsgläubiger wird in diesem Fall danach streben, den hinderlichen Vertrag aufzulösen, um mit einem zuverlässigen Partner einen neuen abschliessen zu können. Die Leistungsverspätung mit der ersten Rate kann sich jedoch auch als unbedeutende Vertragsverletzung herausstellen, welche den Gesamtvertrag aus der Sicht des Verzugsgläubigers in keiner Weise gefährdet.

Bei Verzug mit einer mittleren Rate ist der SLV bereits teilweise erfüllt worden. Auch die erst während der Vertragsabwicklung eintretende Leistungsverspätung kann, besonders im Wiederholungsfall, das berechtigte Interesse des Verzugsgläubigers an der Auflösung des Gesamtvertrages hervorrufen. In diesem Fall stellt sich zudem die Frage, was mit dem bereits erfüllten Vertragsteil zu geschehen hat.

Verzug mit der letzten Rate stellt in der Regel eine unbedeutende Vertragsverletzung dar und gefährdet den Gesamtvertrag nicht. Dieser Fall dürfte aber in der Praxis selten auftreten.

3. Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Sukzessivlieferungsvertrag

Gemäss der dispositiven Norm von Art. 184 Abs. 2 OR haben die Parteien beim Kauf und somit auch beim SLV Zug um Zug zu erfüllen, sofern nicht Vereinbarung oder Uebung entgegenstehen. Häufig legen aber die Parteien innerhalb der einzelnen Leistungspaare des SLV eine Vorleistungspflicht des Lieferanten fest (1). Seltener kann der Abnehmer innerhalb der einzelnen Leistungspaare zur Vorleistung verpflichtet sein. Verzögert nun eine Partei ihre Leistung, so besteht die Gefahr, dass der Vertragsgegner seinerseits leistet, ohne einen entsprechenden Gegenwert zu erhalten. Davor kann er sich aufgrund von Art. 82 OR schützen: Gemäss dieser Bestimmung braucht eine Partei eines zweiseitigen Vertrages nur zu leisten (ausser sie sei vorleistungspflichtig), wenn die Gegenpartei ihrerseits erfüllt hat oder Erfüllung anbietet.

Ist daher im SLV Zug um Zug zu erfüllen, kann die belangte Partei den Anspruch des Vertragspartners mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (*exceptio non adimpleti contractus*) abwehren, wenn letzterer nicht schon erfüllt hat oder Erfüllung anbietet (2). Es ist unbestritten, dass das Recht, Einrede zu erheben, nicht nur innerhalb der einzelnen Leistungspaare (Warenrate/Preisrate), sondern im Rahmen des ganzen SLV besteht. Der Verzugsgläubiger kann

1) Z. B.: Zahlbar innert 30 Tagen nach Lieferung.

2) von Büren, § 9, N 65 ff., S. 463 ff.

somit seine fällige Leistung zurückbehalten, obwohl die mit ihr verknüpfte Gegenleistung vom Verzugsschuldner angeboten wird, wenn letzterer mit einer oder mehreren früheren Raten noch im Rückstand ist (1). So kann beispielsweise der Abnehmer die Bezahlung einer fälligen Preisrate verweigern, obwohl der Lieferant die entsprechende Warenrate anbietet oder liefert, wenn der Lieferant noch mit früheren Warenraten im Rückstand ist.

Ist dagegen eine Partei **vorleistungspflichtig**, so steht ihr die Einrede des nicht erfüllten Vertrages grundsätzlich nicht zu (Art. 82 OR). Sie muss mit dem Risiko vorleisten, dass der Vertragsgegner seiner Pflicht nicht nachkommt. Dies gilt aber beim SLV nur innerhalb der einzelnen Leistungspaare (Warenrate/Preisrate). Im Rahmen des ganzen SLV kann auch die vorleistungspflichtige Partei ihre fällige Leistung verweigern, falls der Vertragspartner mit einer oder mehreren früheren Raten im Rückstand ist (2). Ist der Vertragsgegner aber zahlungsunfähig und gefährdet er damit den Anspruch des Vorleistungspflichtigen, kann dieser seine Leistung auch innerhalb eines einzelnen Leistungspaares zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird und nach erfolglosem Fristablauf vom Vertrag zurücktreten (Art. 83 OR).

1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 64, N 39 ff., S. 62; von Büren, § 9, N 78 ff., S. 466 ff., bezeichnet dies als "Erweiterung des Einrederechtes"; BGE 84 II 150 und die dort zitierten weiteren Entscheide.

2) von Büren, § 9, N 79, S. 467.

Art. 82 OR ermöglicht lediglich, die eigene Leistung zu verweigern, falls der Vertragsgegner die "Ordnung in der Erfüllung" (1) stört. Im nachfolgenden Abschnitt werden die weitergehenden Rechte dargestellt, die es dem Verzugs-gläubiger unter anderem ermöglichen, sich vom SLV mit dem säumigen Partner zu lösen. Zuerst soll der Verzug des Abnehmers, anschliessend derjenige des Lieferanten besprochen werden. Dabei ist jeweils zu unterscheiden, ob der Verzug Rechtsfolgen nur für das einzelne Leistungspaar oder auch für den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV hat.

II. VERZUG DES ABNEHMERS MIT DER ZAHLUNG

1. Rechtsfolgen des Verzuges für das einzelne Leistungspaar

a) VERZUGSZINS

Gemäss Art. 104 Abs. 1 OR hat der Abnehmer, welcher sich mit der Bezahlung des Preises für eine Rate in Verzug befindet, 5 % Verzugszins zu zahlen. Die Parteien können auch einen höheren Zins festlegen (Art. 104 Abs. 2 OR). Die Zinspflicht hängt nicht vom Eintritt eines Verzugsschadens beim Vertragsgegner ab. Der Verzugsschuldner unter-

1) Randtitel zu Art. 82 OR.

liegt der Zinspflicht auch, falls ihn kein Verschulden am Verzug trifft (1).

b) ERSATZ DES VERSPÄTUNGSSCHADENS

Nach Art. 103 Abs. 1 OR hat der Abnehmer, welcher sich mit der Bezahlung einer Rate in Verzug befindet, den Verspätungsschaden zu ersetzen. Er hat dafür aber nur einzustehen, falls ihn ein Verschulden am Eintritt des Verzuges trifft (Art. 106 Abs. 1 OR) und der Schaden den gemäss Art. 104 Abs. 1 OR geschuldeten Verzugszins übersteigt (2).

c) WAHLRECHT DES LIEFERANTEN GEMÄSS

ART. 107 ff. UND ART. 214 OR

aa) Wahlrecht mit Bezug auf die einzelne(n) Rate(n)

Im SLV hat jede einzelne Rate ihren eigenen Fälligkeitstermin (3). Somit tritt der Verzug der Raten sukzessive ein, falls eine der vorher genannten Voraussetzungen, Mahnung oder Verfalltagsgeschäft (4), gegeben ist. Beim

1) Becker, Art. 104, N 4; Keller/Lörtscher, S. 31.

2) Becker, Art. 106, N 4; Keller/Lörtscher, S. 31.

3) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 73, N 120, S. 158.

4) Vgl. vorn S. 85 f.

SLV kann daher der Verkäufer/Lieferant die in Art. 214 und Art. 107 ff. OR enthaltenen Rechte (1) grundsätzlich nur hinsichtlich der sich jeweils in Verzug befindenden, nicht aber auch für die zukünftig fälligen Raten geltend machen.

bb) Voraussetzung und Inhalt des Wahlrechtes

a) Erfolgt im SLV die Uebergabe der Warenraten innerhalb der einzelnen Leistungspaare **gegen Vorausbezahlung oder Zug um Zug** und gerät der Abnehmer mit der Bezahlung einzelner Raten in Verzug, so stehen dem Lieferanten nach Art. 214 Abs. 1 OR folgende Wahlmöglichkeiten zur Verfügung: Er kann, wenn er dies dem Abnehmer sofort (2) anzeigt (Art. 214 Abs. 2 OR), ohne weiteres vom Vertrage zurücktreten. Das Gesetz erwähnt in Art. 214 Abs. 1 OR bloss den Rücktritt vom Vertrag. Es ist jedoch unbestritten, dass dem Verkäufer/Lieferanten sämtliche Wahlmöglichkeiten zustehen, die sich aus dem Zusammenhang mit Art. 107 OR ergeben (3):

Der Lieferant kann somit (a) vom Teilvertrag über dasjenige Leistungspaar, innerhalb welchem der Abnehmer mit der Bezahlung in Verzug ist, unter sofortiger Anzeige zu-

1) Zum Konkurrenzproblem zwischen Art. 214 und Art. 107 ff. OR: Giger, Art. 214, N 13 ff.

2) Zu Zeitpunkt und Form der Wahlerklärung: Giger, Art. 214, N 53 ff.

3) Giger, Art. 214, N 42, vgl. auch die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung.

rücktreten und den Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse) geltend machen (1). Diese Wahlmöglichkeit ist in der Praxis eher unwichtig, da das negative Vertragsinteresse in der Regel niedriger ist als das positive und infolge des Rücktrittes nur von einem oder wenigen Leistungspaaren ohnehin gering ausfällt.

Der Lieferant kann ebenso (b) am Teilvertrag festhalten und, anstatt der primären Leistungspflicht des Abnehmers, Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses fordern. Gemäss der Differenztheorie braucht der Lieferant diejenige(n) Warenrate(n), mit deren Bezahlung der Abnehmer in Verzug ist, bei sofortiger Anzeige an den Abnehmer nicht mehr zu liefern. Der Schadenersatz bemisst sich in diesem Fall nach der Höhe des Erfüllungsinteresses abzüglich den Wert der zurückbehaltenen Warenrate(n) (2)(3). Diese Wahlmöglichkeit ist für den Lieferanten zweckmässig: Er muss die Ware nicht mehr am Lager halten, sondern darf sie an einen Dritten veräussern. Der Lieferant erleidet zudem keinen wertmässigen Nachteil, da das im Vertrag vereinbarte

1) Giger, Art. 214, N 62.

2) Giger, Art. 215, N 20.

3) Art. 215 OR sieht die Differenztheorie nur im kaufmännischen Verkehr vor, zu welchem der SLV in der Regel zu zählen ist. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung wendet diese Schadensberechnung jedoch auch im nicht kaufmännischen Verkehr an: Giger, Art. 215, N 26 ff., vgl. auch die dort zitierte Literatur zum bestehenden Meinungsstreit. Für eine Beschränkung der Schadenersatzberechnung nach der Differenztheorie auf Handelsgeschäfte: Keller/Lörtscher, S. 35 f. und die dort zitierte Literatur. Zu den Voraussetzungen des kaufmännischen Verkehrs: Vgl. hinten S. 118 f.

Verhältnis von Leistung und Gegenleistung für ihn erhalten bleibt. Allerdings mag es unter Umständen angebracht sein, im Interesse ungetrübter Beziehungen zum Vertragspartner, vorab bei längerfristigen SLV, auf dieses scharfe Vorgehen zu verzichten und von der nachfolgenden Wahlmöglichkeit Gebrauch zu machen (1).

Der Lieferant kann schliesslich (c) auf der nachträglichen Bezahlung durch den Abnehmer beharren und Verzugszinsen sowie einen darüber hinausgehenden Verspätungsschaden geltend machen. Diese Wahlmöglichkeit vermutet das Gesetz dann, wenn der Verkäufer/Lieferant die Anzeige unterlässt (Art. 214 Abs. 2 OR) (2). Als Verspätungsschaden kann der Lieferant beispielsweise zusätzliche Unkosten für die Lagerung der Ware geltend machen, welche infolge des Zahlungsverzuges länger im Lager zurückbehalten werden musste. Die soeben erwähnte Wahlmöglichkeit erlaubt es, den Austausch der Ware in der vertraglich festgelegten Menge nachzuholen und das mengenmässige Vertragsziel des gesamten SLV dennoch zu erreichen. Dieses Vorgehen liegt aber nur im Interesse des Lieferanten, wenn die Zahlungsschwäche des Abnehmers vorübergehender Natur ist.

1) Hier bleibt noch die Austauschtheorie zu erwähnen, gemäss welcher der Lieferant zur Eigenleistung verpflichtet ist. Sie hat in diesem Fall aber keine selbständige Bedeutung, weil sie das gleiche Resultat bewirkt wie die nachfolgende Wahlmöglichkeit.

2) Giger, Art. 214, N 51.

Der Lieferant kann auch, statt nach Art. 214 OR vorzugehen, die allgemeinen Bestimmungen von Art. 107 ff. OR anwenden, da er auf die in Art. 214 OR enthaltene Bevorzugung, das Wahlrecht **ohne Nachfristansetzung** auszuüben, verzichten kann (1). Diesen Weg wird er beschreiten, wenn er die sofortige Anzeige verpasst hat oder dem Abnehmer die nachträgliche Leistung noch ermöglichen will.

ß) Vereinbaren die Parteien im SLV, dass innerhalb der einzelnen Leistungspaare **die Uebergabe der Warenraten vor der Zahlung erfolgt** und gerät der Abnehmer in Zahlungsverzug, so steht dem Lieferanten gemäss Art. 214 Abs. 3 OR ein **eingeschränktes Wahlrecht** zur Verfügung:

Der Lieferant kann (a) vom Teilvertrag über dasjenige Leistungspaar, innerhalb welchem der Abnehmer mit der Bezahlung in Verzug ist, **nur zurücktreten**, die Ware zurückfordern und den Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse) geltend machen, **wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat**. Art. 214 Abs. 3 OR will den Käufer/Abnehmer davor schützen, Ware, über welche er bereits verfügt hat, zurückgeben zu müssen (2). Im Gegensatz zu Art. 214 Abs. 1 OR muss der Lieferant aber eine Nachfrist gemäss Art. 107 OR ansetzen und kann erst nach unbenütztem Ablauf derselben zurücktreten (3). Die Festlegung eines Rück-

1) Giger, Art. 214, N 14, 58.

2) Giger, Art. 214, N 44.

3) Giger, Art. 214, N 40.

trittsvorbehaltes ist für den Lieferanten in der Regel nur bei SLV mit wenigen, wertmässig hohen Raten sinnvoll.

Der Lieferant hat zudem die Möglichkeit (b), auf der nachträglichen Bezahlung zu beharren und Verzugszinsen sowie einen darüber hinausgehenden Verspätungsschaden geltend zu machen. Die Berechnung des Schadenersatzes nach der Differenztheorie kann hier nicht zur Anwendung kommen. Die Ware befindet sich nämlich bereits im Besitz des Abnehmers, und der Lieferant kann somit nicht mehr unter Aufrechterhaltung des Teilvertrages auf die Erbringung der eigenen Leistung verzichten (1).

2. Rechtsfolgen des Verzuges für den noch nicht erfüllten Teil des Sukzessivlieferungsvertrages

a) PROBLEM DER ANWENDBARKEIT DER VERZUGSBESTIMMUNGEN

Wie vorne dargelegt worden ist (2), kann der Lieferant das Wahlrecht gemäss den Verzugsbestimmungen von Art. 107 ff. und Art. 214 OR bezüglich des Leistungspaares ausüben, innerhalb welchem sich der Abnehmer in Zahlungsverzug befindet. Dies wird dem Lieferanten dann genügen, wenn die Zahlungsschwierigkeiten seines Vertragsgegners bloss vor-

1) Giger, Art. 214, N 43.

2) Vgl. vorn S. 91 ff.

übergewandter Natur sind. Oft bietet die Praxis aber ein anderes Bild: Der Abnehmer bezahlt beispielsweise die einzelnen Leistungen mit regelmässiger Verspätung, oder er kommt erst nach mehrfacher Mahnung seinen Verpflichtungen nach. Der Abnehmer bezahlt den Warenpreis aus dem aktuellen Leistungspaar, ist aber mit früheren Zahlungsraten weit im Rückstand oder stellt seine Zahlungen gar völlig ein. Oftmals nimmt der Lieferant solche Vertragsverletzungen während einer gewissen Zeit in Kauf, in der Hoffnung, die finanzielle Lage seines Vertragsgegners werde sich wieder bessern und der gesamte SLV könne doch noch erfolgreich abgewickelt werden. Für den Lieferanten kann aber infolge der längerfristigen Bindung an einen unzuverlässigen Zahler eine nicht zumutbare Situation entstehen. Unter gewissen Voraussetzungen (1) muss es ihm daher ermöglicht werden, sich von seinem vertragsbrüchigen Partner lösen zu können.

Zunächst soll geprüft werden, ob der Lieferant in Anwendung von Art. 107 ff. und Art. 214 OR den noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen kann.

1) Vgl. hinten S. 114 f.

aa) Anwendbarkeit der allgemeinen Verzugs-
bestimmungen (Art. 107 - 109 OR)

aaa) Anwendbarkeit

Nach einer in der schweizerischen Doktrin häufig vertretenen Meinung kann der Lieferant in analoger Anwendung von Art. 107 ff. OR die noch ausstehenden Raten ablehnen und stattdessen Schadenersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, falls der Verzug mit einzelnen Raten zugleich die Durchführung des gesamten SLV gefährdet (1). Mit ähnlicher Begründung soll der Rücktritt analog Art. 107 ff. OR zulässig sein, wenn der Verzug mit einer einzelnen Rate den Zweck des gesamten SLV gefährdet (2). Nach anderer Ansicht soll der Rücktritt offenbar (erst) dann möglich sein, wenn die Voraussetzungen von Art. 108 Ziff. 1 OR erfüllt sind (3).

Nach deutscher Doktrin kann der Lieferant grundsätzlich in Anwendung von § 326 BGB (4) die noch ausstehenden Raten ablehnen und stattdessen Schadenersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Meistens wird darauf hingewiesen,

-
- 1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 73, N 124, S. 159; von Büren, § 7, N 84, S. 381; Hürlimann, S. 42, 64.
 - 2) Becker, Art. 107, N 47; Bucher, § 20, N 210, S. 342; Vetsch, S. 70.
 - 3) Oser/Schönenberger, Art. 107, N 39; BGE 52 II 142, 45 II 61.
 - 4) Randtitel: Verzug; Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung.

dass der Rücktritt in seinen Wirkungen der Kündigung nahe stehe (1).

bbb) Nichtanwendbarkeit

Die im allgemeinen Teil des OR enthaltenen Verzugsbestimmungen (Art. 107 - 109 OR) sind ihrem Wesen nach auf einfache Verträge bzw. Nichtdauerschuldverhältnisse ausgerichtet. Ihre Anwendung auf Dauerschuldverhältnisse würde zu unhaltbaren Resultaten führen (2). Daher lassen sich m. E. diese Verzugsbestimmungen auch nicht auf den SLV anwenden (3). Dies soll nachfolgend begründet werden:

Art. 107 OR gewährt dem Verzugsgläubiger ein mehrfaches Wahlrecht (4). Dessen Ausübung setzt aber voraus, dass sich der Schuldner mit der Leistung in Verzug befindet. **Bezüg-**

1) Enneccerus/Lehmann, § 53, nach N 24, S. 232; Palandt/Heinrichs, § 326, N 13; Staudinger/Otto, § 326, N 173 ff.; Soergel/Schmidt, § 326, N 49 f.

2) Im Zusammenhang mit dem Alleinvertretungsvertrag: BGE 78 II 36, 89 II 34; Gautschi, Art. 378/379, N 6; Roggwiler, S. 82; Wiemken, S. 56, 58 ff.; a. M.: Nach Bucher, § 20, N 214 ff., S. 342 f., gelten Art. 107 - 109 OR für Dauerschuldverhältnisse analog; gleichzeitig soll aber, entsprechend diesen **auf einfache Verträge zugeschnittenen Befugnissen** (Hervorhebung durch den Verf.), bei Dauerverträgen ein allgemeines Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bestehen. Nach Gauch, S. 146, gelten Art. 107 - 109 OR grundsätzlich auch für Dauerschuldverhältnisse.

3) Ebenso: Cavin, S. 174; Keller/Lörtscher, S. 120; Gautschi, Art. 378/379, N 6.

4) Vgl. vorn S. 92 ff.

lich der noch nicht fälligen Raten eines SLV kann das Wahlrecht grundsätzlich nicht ausgeübt werden: Gemäss Art. 107 OR besteht eine Wahlmöglichkeit darin, dass der Verzugsgläubiger mit Wirkung ex tunc vom Vertrag zurücktritt und das negative Vertragsinteresse (Vertrauensschaden) geltend macht. Schon erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 107 Abs. 2, 109 OR). Diese Wahlmöglichkeit ist aber beim SLV regelmässig ausgeschlossen. Grundsätzlich ist es nicht möglich, vom bereits erfüllten Vertragsteil mit rückwirkender Kraft zurückzutreten, da eine Rückerstattungspflicht von schon geleisteten Warenraten (1) aus wirtschaftlichen Gründen sinnlos und in den meisten Fällen praktisch gar nicht mehr durchführbar wäre (2). Vielmehr kommt beim SLV nur eine **Vertragsauflösung mit Wirkung ex nunc** in Frage, welche sich allein in die Zukunft richtet und keine Rückleistungspflichten nach sich zieht. Ebenso ist die mit dem Rücktritt ex tunc verknüpfte Möglichkeit, das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz geltend zu machen, in der Regel ausgeschlossen: Durch den Ersatz des negativen Vertragsinteresses soll das Vermögen des Geschädigten auf denjenigen Stand angehoben werden, welcher bestünde, wenn der Geschädigte den Vertrag gar nicht abgeschlossen hätte (3). Da es aber bei der Auflösung des SLV nicht darum geht, denjenigen Zustand wiederherzustellen, welcher vor dem Vertragsabschluss bestanden hat, weil der

1) Zumeist Massengüter: Vgl. vorn S. 2 f.

2) Hürlimann, S. 49; von Büren, § 7, nach N 85, S. 381; von Tuhr/Siegwart/Escher, § 73, N 128, S. 160; Gauch, S. 211.

3) Giger, Art. 214, N 62.

bereits erfüllte Vertragsteil aufrecht erhalten bleibt, findet diese Schadensberechnung keine Anwendung (1).

Beim SLV ebenfalls ausgeschlossen ist das weitere sich aus Art. 107 OR ergebende Wahlrecht, unter Aufrechterhaltung des Vertrages nach der Austauschtheorie vorzugehen. Gemäss dieser Möglichkeit kann der Verzugsgläubiger auf die nachträgliche Leistung des Verzugsschuldners verzichten und stattdessen Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses geltend machen. Die eigene Leistung hat der Verzugsgläubiger zu erbringen. Würde die Austauschtheorie beim SLV angewandt, so könnte der Lieferant anstelle der einzelnen Zahlungsraten Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses fordern. Seiner eigenen Sachleistungspflicht hätte er weiter in Raten nachzukommen. Dies würde letztlich bedeuten, dass dem Lieferanten das Wahlrecht zusteht, bei Verzug des Abnehmers dessen Vorleistungspflicht bezüglich der gesamten Preisschuld zu bewirken. Das Gesetz will aber den Verzugsgläubiger sicher nicht in diesem Ausmass bevorzugen. Dieses unhaltbare Resultat lässt sich damit erklären, dass das in Art. 107 Abs. 2 OR enthaltene Vorgehen nach der Austauschtheorie nur bei Nichtdauererträgen sachgerecht angewandt werden kann.

Somit verbleiben dem Lieferanten nur noch die Möglichkeiten, im Falle des Zahlungsverzuges seines Vertragsgegners nach der Differenztheorie vorzugehen oder weiterhin

1) Ausgenommen der seltene Fall, wonach schon der Verzug mit der ersten Rate zur Auflösung des ganzen SLV führt, ein bereits erfüllter Vertragsteil somit nicht besteht.

auf der **Vertragserfüllung** zu beharren: Gemäss der Differenztheorie kann der Verzugsogläubiger auf die nachträgliche Leistung des Verzugsschuldners verzichten und stattdessen Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses verlangen. Dabei braucht er seine eigene Leistung nicht mehr zu erbringen und kann deren Wert von der Schadenersatzforderung abziehen (1). Der Lieferant kann somit anstelle der Zahlungsraten Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses verlangen unter Abzug des Wertes der eigenen, zurückbehaltenen Warenraten. Dabei handelt es sich aber im Grunde genommen nicht um die Ausübung des Wahlrechtes im Sinne von Art. 107 ff. OR, da die in diesen Bestimmungen enthaltenen Wahlmöglichkeiten, wie vorhin dargelegt, infolge der Dauervertragsnatur des SLV nicht bestehen. Der Lieferant hat lediglich die Wahl, (a) **auf der Einhaltung bzw. Weiterabwicklung des Dauervertrages zu beharren** und Verzugszins (Art. 104 Abs. 1 OR) bzw. einen darüber hinausgehenden Verspätungsschaden (Art. 106 OR) geltend zu machen. Er kann sich zudem (b) hinsichtlich des noch nicht erfüllten Teiles des SLV vom vertragsbrüchigen Partner lösen (2) und **Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen**. Es liegt daher näher, diesen Anspruch aus der Generalnorm von Art. 97 OR herzuleiten, wonach **der Schuldner bei nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages grundsätzlich schadenersatzpflichtig ist**, sofern er sich nicht exkulpieren kann.

1) Giger, Art. 215, N 20.

2) Zu den Voraussetzungen der Vertragsauflösung: Vgl. hinten S. 114 f.

Art. 107 OR sieht vor, dass der Gläubiger das Wahlrecht im Sinne des Verzichts auf nachträgliche Leistung nur ausüben kann, falls er dem Verzugsschuldner eine Frist ansetzt und nach erfolglosem Fristablauf unverzüglich die Wahlerklärung abgibt. Auch diese Bestimmung lässt sich nicht auf den SLV anwenden: Eine Nachfrist kann nur angesetzt werden, wenn sich der Schuldner mit seiner Leistung in Verzug befindet (1). Der Lieferant kann daher eine Frist nur für die sich jeweils in Verzug befindenden Zahlungsraten ansetzen, nicht aber für die erst in Zukunft fälligen. Nach Art. 107 Abs. 2 OR muss die Wahlerklärung zudem **unverzüglich** erfolgen. Will sich der Lieferant aber hinsichtlich des noch nicht erfüllten Teils des SLV vom vertragsbrüchigen Partner lösen, und gibt er die Erklärung unverzüglich nach erfolglosem Verstreichen einer Frist ab, besteht für ihn das Risiko, dass im nachfolgenden Prozess die Berechtigung zum Abgehen vom ganzen SLV abgelehnt und der Rücktritt bloss bezüglich des einzelnen Leistungspaares zugelassen wird. Die Erklärung muss daher beim SLV nicht unverzüglich nach Fristablauf erfolgen, sondern erst dann, **wenn sich die Gründe, welche den Lieferanten zur Vertragsauflösung berechtigen, in genügendem Mass verdichtet haben** (2).

Zusammenfassend ist nochmals festzuhalten, dass die allgemeinen Verzugsbestimmungen (Art. 107 - 109 OR) nicht angewendet werden können, falls der Lieferant den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen will.

1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 73, N 43, S. 149.

2) Vgl. hinten S. 114 f.

bb) Anwendbarkeit der besonderen Verzugs-
bestimmung (Art. 214 Abs. 1 OR)

aaa) Anwendbarkeit

Vorn wurde gezeigt, dass der Lieferant das in Art. 214 Abs. 1 OR enthaltene Recht (Rücktritt oder Vorgehen nach der Differenztheorie ohne Ansetzen einer Nachfrist) für dasjenige Leistungspaar ausüben kann, innerhalb welchem sich der Abnehmer mit der Preiszahlung in Verzug befindet (1). Will der Lieferant vom ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV abgehen, so stellt sich die Frage, ob auch in diesem Fall Art. 214 Abs. 1 OR anwendbar sei. Nach einer in der Lehre vertretenen Meinung kann der Lieferant das Wahlrecht gemäss Art. 214 Abs. 1 OR, also ohne Ansetzen einer Nachfrist, für den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV ausüben, wenn der Abnehmer mit seinem Verhalten den Vertragszweck gefährdet (2).

bbb) Nichtanwendbarkeit

Nach anderer Ansicht kann der Lieferant im Fall einer Gefährdung des Vertragszweckes nur dann sein Wahlrecht für den ganzen SLV ausüben, wenn er dies vorher dem Abnehmer angedroht hat (3). M. E. ist Art. 214 Abs. 1 OR nicht an-

1) Vgl. vorn S. 92 ff.

2) Giger, Art. 214, N 35.

3) von Büren, § 7, N 85, S. 381; von Tuhr/Siegwart/Escher, § 73, N 127, S. 160; Becker, Art. 107, N 50.

wendbar, wenn der Lieferant vom ganzen noch nicht erfüllten Vertragsteil abgehen will: Vorher wurde gezeigt, dass die allgemeinen Verzugsbestimmungen (Art. 107 - 109 OR) ihrem Wesen nach auf einfache Schuldverhältnisse bzw. Nichtdauer- verträge ausgerichtet sind und auf den SLV nicht angewendet werden können (1). Dasselbe muss daher auch für Art. 214 Abs. 1 OR gelten, da diese Bestimmung in engem Zusammenhang zu Art. 107 OR steht: Art. 214 Abs. 1 OR enthält die gleichen auf Dauerverträge nicht anwendbaren Wahlmöglichkeiten wie Art. 107 OR und privilegiert zusätzlich den Verkäufer, indem dieser von der Obliegenheit zur Nachfristansetzung befreit wird (2).

Schliesslich erfordert der Grundsatz von Treu und Glauben, dass der Lieferant, welcher auf die Weiterabwicklung des SLV verzichten will, dies vorher dem Abnehmer androht. Dieser muss wissen, dass von seinem zukünftigen Verhalten der Bestand des gesamten SLV abhängt (3).

1) Vgl. vorn S. 99 ff.

2) Vgl. vorn S. 92.

3) Vgl. hinten S. 115.

b) PROBLEM DER VORAUSSETZUNGEN ZUR
VERTRAGSAUFLÖSUNG

Kommt der Schuldner mit seiner Leistung in Verzug, so kann der Gläubiger nach erfolglosem Ansetzen einer Nachfrist auf die nachträgliche Leistung des Schuldners verzichten und entweder - unter Aufrechterhaltung des Vertrages - Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses geltend machen oder vom Vertrag zurücktreten und Ersatz des negativen Interesses verlangen (Art. 107 ff. OR). Das Gesetz will damit dem Gläubiger ermöglichen, auf die verspätete Leistung zu verzichten, weil mit dem eingetretenen Verzug die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet wird. Beim SLV kann aber nicht infolge des Verzuges mit **einer** Rate ohne weiteres auf die Gefährdung des **ganzen** Vertrages geschlossen werden. Der Gläubiger kann nur dann auf den gesamten, noch nicht erfüllten Teil des SLV verzichten, wenn besondere Voraussetzungen ihn dazu berechtigen. Im folgenden ist zuerst die Voraussetzung der positiven Vertragsverletzung, anschliessend diejenige der Vertragszweckgefährdung zu besprechen.

aa) Positive Vertragsverletzung

Nach der von Hermann Staub (1) entwickelten, in Deutschland und teilweise auch in der Schweiz übernommenen Lehre (2) steht der von einer positiven Vertragsverletzung betroffenen Partei das Recht zu, den Vertrag aufzulösen und bei Verschulden der Gegenpartei Schadenersatz zu verlangen. Die Theorie der positiven Vertragsverletzung beruht auf der Erkenntnis, dass die in der Gesetzgebung (BGB und OR) geregelten, wichtigsten Fälle der Nichterfüllung, nämlich Unmöglichkeit und Verzug, nicht ausreichen, um alle Arten von Vertragsverletzungen befriedigend zu regeln (3). Mit dem Begriff der positiven Vertragsverletzung sollen daher jene Vertragsverletzungen erfasst und einer Regelung zugeführt werden, welche nicht bloss durch Ausbleiben der Erfüllung auftreten, sondern durch positives Tun (auch durch Verletzung von Unterlassungspflichten) entstehen. Es ist in diesem Zusammenhang vor allem an Fälle der Schaden verursachenden Erfüllung zu denken. Auch eine vom Schuldner erklärte Leistungsverweigerung wird zu den positiven Ver-

1) Hermann Staub: Die positiven Vertragsverletzungen.

2) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 68, N 85, S. 107 und die dort zitierte Literatur; von Büren, § 7, nach N 85 ff., S. 381 ff.

3) Zu den Ursachen der unvollständigen Regelung: von Tuhr/Siegwart/Escher, § 68, N 79a ff., S. 106 f.

tragsverletzungen gezählt (1)(2).

Für das schweizerische Recht wurde die Notwendigkeit des Begriffes der positiven Vertragsverletzung in Frage gestellt (3): Die Fälle fehlerhafter Vertragserfüllung führen nämlich aufgrund von Art. 97 OR zu einer Schadenersatzpflicht, da diese Bestimmung in einem über den Wortlaut hinausgehenden, erweiterten Sinn als **allgemeiner**, für alle Vertragsverletzungen geltender **Haftungsgrundsatz** aufzufassen ist (4). Der Begriff der positiven Vertragsverletzung eignet sich zudem nicht dazu, die Voraussetzungen zu umschreiben, welche den Betroffenen zur Vertragsauflösung berechtigen: Der Begriff lässt sich im Grunde nur negativ abgrenzen, indem er diejenigen Vertragsverletzungen er-

-
- 1) Vgl. die bei von Büren, § 7, nach N 88, S. 382 f. angeführten Beispiele.
 - 2) Vgl. in diesem Zusammenhang das im Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) durchgeführte Konzept: Es stellt nicht auf verschiedene Typen von Vertragsverletzungen ab, sondern geht von einem **einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung** aus. Der betroffenen Partei steht im Falle einer "wesentlichen Vertragsverletzung" grundsätzlich das Recht zu, den Vertrag aufzuheben und, falls der Schuldner sich nicht entlasten kann, Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses zu verlangen: Beinert, S. 21 ff.
 - 3) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 68, N 86a, S. 107; Guhl/Merz/Kummer, § 31, II, 4, S. 216; Neuenschwander, S. 47.
 - 4) Bucher, § 20, N 17, S. 297; von Tuhr/Siegwart/Escher, § 68, N 86a und b, S. 107; Neuenschwander, S. 43 ff. und die in N 39 zitierte Literatur.

fasst, welche **nicht** die Merkmale des Verzuges oder der Nichterfüllung aufweisen. Der Begriff der positiven Vertragsverletzung bietet infolge "seiner übermässigen Ausdehnung" (1) zur Frage der Voraussetzungen der Auflösbarkeit von Verträgen **keine brauchbaren Anhaltspunkte**.

bb) Vertragszweckgefährdung

Gemäss einer in der Schweiz häufig vertretenen Meinung kann der Lieferant den noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen, wenn durch den Zahlungsverzug des Abnehmers mit einer oder mehreren Raten die Durchführung oder der Zweck des gesamten SLV gefährdet wird (2). Der Verzugsgläubiger soll also nur bei **schwerwiegenden Störungen in der Vertragsabwicklung** dazu berechtigt sein, den gesamten noch nicht erfüllten Teil des SLV aufzulösen. Wie nachher gezeigt werden soll, handelt es sich dabei im Grunde um den für Dauerverträge typischen Grundsatz, wonach der vertrags-treuen Partei das Recht zusteht, den Vertrag aufzulösen, wenn ihr nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, weiterhin an die vertragsbrüchige Partei gebunden zu sein.

1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 68, N 86, S. 107.

2) Vgl. vorn S. 98 und die dort zitierte Literatur.

c) VERTRAGSAUFLÖSUNG AUS WICHTIGEM GRUND

aa) Zulässigkeit der Vertragsauflösung aus
wichtigem Grund bei Dauerverträgen

aaa) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei
im OR geregelten Dauerverträgen

Die Vertragsauflösung (1) aus wichtigem Grund ist bei folgenden Dauerverträgen gesetzlich festgelegt: Miete (Art. 269 OR) (2); Pacht (Art. 291 OR) (2); Arbeitsvertrag (Art. 337 OR); Agenturvertrag (Art. 418r OR); Verpfründung (Art. 527 OR); einfache Gesellschaft (Art. 545, Abs. 1, Ziff. 7; Art. 545, Abs. 2 OR). Diesen Bestimmungen liegt der Gedanke zugrunde, dass die Abwicklung von Dauerverträgen ein **allgemeines Vertrauensverhältnis voraussetzt**: Die Parteien müssen infolge der sich über eine gewisse Zeitspanne erstreckenden Vertragsabwicklung einen anhaltenden Willen aufweisen, vertragsgemäss zu leisten. Sie müssen bereit sein, erst während der Vertragserfüllung entstehende oder erkennbare Störungen zu beheben (3). Wird dieses Vertrauensverhältnis erheblich gestört, kann die Fortsetzung des Dauervertrages für die betroffene Partei als unzumutbar erscheinen.

1) Die Terminologie des OR ist nicht einheitlich. Kann ein Vertrag sofort (d. h. ohne Einhalten einer Kündigungsfrist) beendet werden, spricht das OR von "Auflösung" oder "Aufhebung".

2) Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Fristen.

3) Gauch, S. 189; Staudinger/Weber, Einl. vor § 241, O 27.

Vom Vorliegen eines **wichtigen Grundes** hängt die Berechtigung ab, den Dauervertrag aufzulösen (1). Beim "wichtigen Grund" handelt es sich um einen elastischen Rechtsbegriff (2). Unterschiedlichste Sachverhalte können darunter subsumiert werden. Bei einzelnen Verträgen umschreibt das OR, welche Gründe als **wichtig** gelten: In Art. 337 Abs. 2 OR wird als wichtiger Grund bezeichnet "jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf". Art. 527 Abs. 1 OR lässt die Auflösung der Verpfründung zu, "wenn infolge von Verletzung der vertraglichen Pflichten das Verhältnis unerträglich geworden ist oder wenn andere wichtige Gründe dessen Fortsetzung übermässig erschweren oder unmöglich machen". Art. 269 Abs. 1 OR erwähnt als wichtigen Grund den Fall, dass der "Antritt oder die Fortsetzung des Mietverhältnisses unerträglich" ist. Zur Beantwortung der Frage, welche Gründe wichtig sind, bedarf es einer Wertung des Sachverhaltes (3): Die Gründe, welche für die Vertragsauflösung sprechen, müssen das Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages überwiegen. Für die Aufrechterhaltung des Vertrages spricht grundsätzlich das Kriterium der Rechtssicherheit sowie das (berechtigte) Interesse der Gegenpartei an der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses (4). Dass **wichtige** Gründe vorlie-

1) Allgemein zur Natur des wichtigen Grundes: Pozzy, Begriff und Anwendung des "wichtigen Grundes" im schweiz. Zivilgesetzbuch; Roggwiller, Der "wichtige Grund" und seine Anwendung in ZGB und OR.

2) Gauch, S. 174 f.

3) Roggwiller, S. 37.

4) Gauch, S. 174 f.

gen, darf nicht leichthin angenommen werden. Um die Gefahr der Aufweichung des Gesetzes zu bannen, muss der Annahmewichtiger Gründe, welche zur Vertragsauflösung führen, stets "der Charakter des Besondern und Ausnahmsweisen anhaften" (1). Die Bewertung des Sachverhaltes hat nach Recht und Billigkeit zu erfolgen (Art. 4 ZGB). Der Richter muss in einem Streit über die Zulässigkeit der Vertragsauflösung bzw. die Wichtigkeit des Grundes einen objektiven, dem Einzelfall gerechten Entscheid fällen (2).

bbb) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund
beim Sukzessivlieferungsvertrag

Lehre und Rechtsprechung haben die Auflösbarkeit aus wichtigem Grund als allgemeinen, für alle Dauerverträge gültigen Grundsatz erkannt (3). Vorn wurde gezeigt, dass der SLV zu den Dauerschuldverträgen (im engen oder im weiten Sinn) zu zählen ist (4). Seine Abwicklung setzt ein allgemeines Vertrauensverhältnis voraus. Daher muss die Möglichkeit der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund auch beim SLV offen stehen (5).

1) Roggwiller, S. 38.

2) Meier-Hayoz, Art. 4, N 11 ff.; Gauch, S. 175 f.

3) Gauch, S. 186 ff., bes. 199; Bucher, § 20, N 219, S. 343; Roggwiller, S. 82; für den Veranstaltungsvertrag: Gessler, S. 141; für den Alleinvertretungsvertrag: BGE 78 II 36, 60 II 336; Weil, SJZ 32 (1935/36) S. 295.

4) Vgl. vorn S. 23 ff.

5) Cavin, S. 173 f.; Keller/Lörtscher, S. 120; Gautschi, Art. 378/379, N 6; Wiemken, S. 58 ff.

Das dem SLV zugrunde liegende Vertrauensverhältnis kann im konkreten Einzelfall verschieden ausgeprägt sein: Umfasst der Vertrag nur wenige Raten und dauert seine Erfüllung nur kurze Zeit, so kann das Moment des Vertrauens eine geringere Rolle spielen. Bei SLV mit langer Erfüllungsdauer von vielleicht mehreren Jahren gewinnt die Vertrauensgrundlage an Bedeutung: Langfristige Lieferungsverträge über grosse Warenmengen erfordern bei den Vertragspartnern z. T. tiefgreifende Massnahmen. So müssen beispielsweise Produktionsanlagen erweitert oder zusätzliche Lieferverträge mit Dritten abgeschlossen werden. Oftmals setzt die erfolgreiche Abwicklung eines langfristigen SLV einen ständigen Informationsaustausch voraus, um Liefer-, Quantitäts- oder Qualitätsmodalitäten den besonderen Verhältnissen oder Wünschen während der Vertragsabwicklung anzupassen. Durch den Abschluss solch langfristiger Verträge entstehen häufig starke wirtschaftliche Bindungen. Dass im Einzelfall das Vertrauensverhältnis verschieden ausgeprägt sein kann, ändert nichts an der grundsätzlichen Auflösbarkeit des SLV aus wichtigem Grund. Auch hängt die Auflösbarkeit nicht davon ab, ob es sich beim SLV um einen Dauervertrag im engen oder im weiten Sinn (1) handelt.

1) Vgl. vorn S. 23 ff.

bb) Zahlungsverzug als möglicher, wichtiger Grund
zur Auflösung des Sukzessivlieferungsvertrages

Gerät der Abnehmer mit einer (oder mehreren) Zahlungsrate(n) in Verzug, so kann der Lieferant den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung aufgrund von Art. 97 OR verlangen (1), wenn ihm infolge des Zahlungsverzuges die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Es stellt sich also die Frage, ob die Vertragsverletzung des Abnehmers als derart schwerwiegend zu beurteilen ist, dass die Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfüllt sind. Der konkrete Vertrag und die gesamten Umstände müssen dabei berücksichtigt werden:

Verzug mit nur einer Zahlungsrate ist in der Regel nicht als wichtiger Grund zu bewerten (2). Dem Lieferanten steht das Recht zur Vertragsauflösung nicht zu, und die Folgen des Verzuges beschränken sich auf das einzelne Leistungspaar (3)(4). Bei Zahlungsverzug mit mehreren Raten sind die Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfüllt. Infolge der wiederholt eingetretenen Vertragsverletzung

1) Vgl. vorn S. 102.

2) Nach Hürlimann, S. 64, ist der Zahlungsverzug im allgemeinen als Ausdruck einer vorübergehenden Zahlungsverlegenheit auszulegen.

3) Vgl. vorn S. 90 ff.

4) Vertraglich können die Parteien eine weitergehende Wirkung des Einzelverzuges festlegen.

ist es dem Lieferanten nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar, weiter an den Vertrag gebunden zu sein (1). Er hat daher das Recht, den noch nicht erfüllten Teil des SLV aufzulösen und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung aufgrund von Art. 97 OR zu fordern.

Nach Treu und Glauben ist vom Lieferanten zu verlangen, dass er dem Abnehmer vorher androht, bei weiter andauerndem oder sich wiederholendem Verzug vom ganzen Vertrag abgehen zu wollen. Der Abnehmer soll wissen, dass von seinem zukünftigen Verhalten die Weiterabwicklung des gesamten Vertrages abhängt (2).

-
- 1) In Grenzfällen, beispielsweise bei Verzug mit zwei Raten, muss die Gesamtdauer des Vertrages und die Höhe der verspäteten Preisraten im Verhältnis zum Gesamtpreis berücksichtigt werden.
 - 2) Vorn wurde gezeigt, dass Art. 214 Abs. 1 OR, wonach das Wahlrecht ohne Ansetzen einer Nachfrist ausgeübt werden kann, in diesem Zusammenhang keine Anwendung findet. Vgl. vorn S. 104 f. und die dort zitierte Literatur zur umstrittenen Frage.

3. Zusammenfassung

Der Lieferant kann somit das Wahlrecht gemäss Art. 107 ff. und Art. 214 OR für das einzelne Leistungspaar ausüben, innerhalb welchem der Abnehmer mit der Zahlungsrate in Verzug ist (1). Der Lieferant kann zudem bei Zahlungsverzug des Abnehmers den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und gemäss Art. 97 OR Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung verlangen, wenn ihm nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (2).

1) Vgl. vorn S. 90 ff., bes. S. 91 ff.

2) Vgl. vorn S. 96 ff., bes. S. 114 f.

III. VERZUG DES LIEFERANTEN MIT DER SACHLEISTUNG

1. Rechtsfolgen des Verzuges für das einzelne Leistungspaar

a) ERSATZ DES VERSPAETUNGSSCHADENS

Der Lieferant, welcher sich mit einer Sachleistungsrate in Verzug befindet, hat gemäss Art. 103 OR den Verspätungsschaden zu ersetzen. Er haftet aber nur, wenn ihn am Eintritt des Verzuges ein Verschulden trifft (1).

b) HAFTUNG FÜR ZUFALL

Nach Art. 103 Abs. 1 OR haftet der Lieferant bei verschuldetem Verzug zudem für Zufall: Er muss auch ohne Verschulden für Verlust oder Beschädigung der Sachleistungsrate, mit welcher er in Verzug ist, eintreten (2).

1) Giger, Art. 191, N 12; Becker, Art. 103, N 12 ff.; Keller/Lörtscher, S. 24 f.

2) Becker, Art. 103, N 8; Keller/Lörtscher, S. 25.

c) WAHLRECHT DES ABNEHMERS GEMÄSS
ART. 107 ff. UND ART. 190 OR

aa) Wahlrecht mit Bezug auf die einzelne(n) Rate(n)

Da im SLV jede Rate ihren eigenen Fälligkeitstermin hat (1), tritt Verzug der einzelnen Raten sukzessive ein. Der Käufer/Abnehmer kann deshalb die in Art. 190 und Art. 107 ff. OR enthaltenen Rechte nur hinsichtlich der sich jeweils in Verzug befindenden Rate geltend machen (2).

bb) Voraussetzung und Inhalt des Wahlrechtes

a) Handelt es sich beim SLV um **kaufmännischen Verkehr** und sind bezüglich der einzelnen Sachleistungsraten **bestimmte Lieferungstermine** verabredet, gelangt Art. 190 OR zur Anwendung. Ob die Voraussetzungen des kaufmännischen Verkehrs erfüllt sind, entscheidet sich nach **objektiven Kriterien**: Handelskauf liegt bei Kauf zum Wiederverkauf vor (3). Die meisten SLV, vorab bei Handel mit Massengütern, bezwecken den Weiterverkauf und erfüllen daher die erste Voraussetzung von Art. 190 Abs. 1 OR. Als zweite Voraussetzung bedarf es der Vereinbarung bestimmter Lieferungstermine: Ge-

1) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 73, N 120, S. 158.

2) Vgl. vorn S. 91 f.

3) Giger, Art. 190, N 15 ff.

nügend bestimmt im Sinn von Art. 190 Abs. 1 OR ist ein Lieferungstermin, wenn sich der Erfüllungszeitpunkt durch Auslegung kalendermässig genau festlegen lässt (1).

Gerät der Lieferant während der Abwicklung des SLV mit einer Sachleistungsrate in Verzug und sind die vorher genannten Voraussetzungen erfüllt, so befreit Art. 190 Abs. 1 OR den Abnehmer davon, eine Nachfrist ansetzen zu müssen (2). Das Gesetz stellt zudem die Vermutung auf, "dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche". Art. 190 Abs. 1 OR erwähnt nur den Verzicht des Käufers auf nachträgliche Lieferung unter Geltendmachung des positiven Vertragsinteresses. Zudem nennt Art. 190 Abs. 2 OR die Möglichkeit, nachträgliche Erfüllung inklusive Verspätungsschaden zu verlangen. Trotzdem muss dem Käufer/Abnehmer auch die sich aus dem Zusammenhang mit Art. 107 ff. OR ergebende Wahlmöglichkeit zustehen, vom Vertrag zurückzutreten und Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu verlangen (3). Art. 190 OR will den Käufer im kaufmännischen Verkehr besserstellen, indem er vor Ausüben des Wahlrechtes keine Nachfrist anzusetzen

1) Giger, Art. 190, N 22 ff.

2) Während die bisherigen Lehrmeinungen bei Anwendbarkeit von Art. 190 Abs. 1 OR von der Vermutung eines auf ein Fixgeschäft ausgerichteten Parteiwillens ausgehen, fasst Giger die fixgeschäftstypischen Rechtsfolgen als (unwiderlegbare) Fiktion des Gesetzgebers auf: Giger, Art. 190, N 28 und die dort zitierte Literatur.

3) Giger, Art. 190, N 32 ff.; a. M.: Becker, Art. 190, N 10.

braucht. Es würde dem Sinn dieser Bestimmung widersprechen, die Besserstellung durch den Ausschluss der Rücktrittsmöglichkeit zunichte zu machen (1).

Somit stehen dem Abnehmer folgende Wahlmöglichkeiten offen: Das Gesetz stellt die **Vermutung** auf, dass (bei Vereinbarung eines bestimmten Lieferungsstermins im kaufmännischen Verkehr) der Abnehmer (a) am Teilvertrag über dasjenige Leistungspaar, innerhalb welchem der Lieferant mit der Sachleistungsrate in Verzug ist, festhalte und **anstatt der primären Leistungspflicht Schadenersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresse fordere**. Der Schadenersatz bemisst sich in diesem Fall nach der Höhe des positiven Vertragsinteresses abzüglich der Höhe der zurückbehaltenen Preisrate(n) (2).

Der Abnehmer kann aber auch (b) vom Teilvertrag über dasjenige Leistungspaar, innerhalb welchem der Lieferant in Verzug ist, **zurücktreten und Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Vertragsinteresse) geltend machen**. Er muss den Lieferanten innerhalb einer angemessenen Ueberlegungsfrist darüber benachrichtigen (3). In der Praxis kommt dieser Wahlmöglichkeit aber nur geringe Bedeutung zu (4).

1) Giger, Art. 190, N 35.

2) Die Austauschtheorie, welche zur Verrechnung der gegenseitigen Geldforderung führt und die Schadensberechnung nach der Differenztheorie gleichen sich in diesem Fall an: Giger, Art. 191, N 18.

3) Giger, Art. 190, N 43.

4) Vgl. vorn S. 93.

Der Abnehmer kann schliesslich (c), falls er dies dem Lieferanten unverzüglich anzeigt, auf der nachträglichen Lieferung der Warenrate(n) beharren und Ersatz des Verspätungsschadens verlangen (Art. 190 Abs. 2 OR). Soll also die Abwicklung des SLV über die vereinbarte Warenmenge nachgeholt werden, muss der Abnehmer sofort tätig werden (1). Dieses Vorgehen kann im Interesse ungetrübter Beziehungen zum Vertragspartner, vorab bei längerfristigen SLV, angebracht sein.

Der Abnehmer hat auch die Möglichkeit, statt nach Art. 190 OR, gemäss Art. 107 ff. OR vorzugehen, da er auf die in Art. 190 OR gewährte Bevorzugung (Entbehrlichkeit der Nachfristansetzung) verzichten kann (2).

β) Liegt kein kaufmännischer Verkehr vor oder sind keine bestimmten Lieferungstermine vereinbart, kommen bei Verzug des Lieferanten die allgemeinen Bestimmungen von Art. 107 ff. OR zur Anwendung (Nachfristansetzung erforderlich; keine gesetzliche Vermutung).

1) Anders beim Zahlungsverzug: Schweigt der Lieferant, so vermutet das Gesetz, er beharre auf der nachträglichen Vertragserfüllung (Art. 214 OR): Vgl. vorn S. 94.

2) Giger, Art. 190, N 10.

2. Rechtsfolgen des Verzuges für den noch nicht erfüllten Teil des Sukzessivlieferungsvertrages

a) PROBLEM DER ANWENDBARKEIT DER VERZUGSBESTIMMUNGEN

Vorn wurde gezeigt, dass der Abnehmer das Wahlrecht gemäss den Verzugsbestimmungen von Art. 107 ff. und Art. 190 OR für dasjenige Leistungspaar ausüben kann, innerhalb welchem der Lieferant mit der Sachleistungsrate in Verzug ist (1). Dies wird dem Abnehmer genügen, wenn die Vertragsverletzung nur vorübergehender Natur ist. Gerät der Lieferant aber mehrmals hintereinander in Verzug, liefert er trotz Mahnung einzelne Raten nicht oder stellt er seine Lieferungen völlig ein, so kann es für den Abnehmer unzumutbar werden, weiterhin an seinen vertragsbrüchigen Partner gebunden zu sein. Unter gewissen Voraussetzungen muss ihm daher das Recht zur Auflösung des noch nicht erfüllten Vertragsteiles offen stehen.

Zuerst soll die Frage geklärt werden, ob ihm dieses Recht aufgrund von Art. 107 ff. OR zusteht. Dabei verweise ich auf die vorn, beim Zahlungsverzug gegebene Darstellung (2), fasse das Wichtigste zusammen und behandle nur noch diejenigen Fragen, die sich neu oder anders stellen. Anschliessend soll geklärt werden, ob der SLV in Anwendung von Art. 190 OR aufgelöst werden kann.

1) Vgl. vorn S. 118 ff.

2) Vgl. vorn S. 98 ff.

aa) Anwendbarkeit der allgemeinen Verzugs-
bestimmungen (Art. 107 - 109 OR)

aaa) Anwendbarkeit

In der schweizerischen Doktrin wird häufig die Ansicht vertreten, dass der Abnehmer in analoger Anwendung von Art. 107 ff. OR die ausstehenden Raten ablehnen kann (1).

bbb) Nichtanwendbarkeit

Die Verzugsbestimmungen des allgemeinen Teils des OR (Art. 107 - 109) sind auf einfache Verträge bzw. Nicht-dauerschuldverhältnisse ausgerichtet. Sie lassen sich deshalb nicht auf Dauerschuldverhältnisse und somit auch nicht auf den SLV anwenden (2). Die Nichtanwendbarkeit der Art. 107 - 109 OR, auch beim Sachleistungsverzug des Lieferanten, soll anschliessend begründet werden:

Das in Art. 107 ff. OR enthaltene, **mehrfache Wahlrecht** findet beim SLV als **Dauerschuldverhältnis keine Anwendung**. Die Möglichkeit, vom Vertrag mit Wirkung ex tunc zurückzutreten und das negative Vertragsinteresse geltend zu machen, ist regelmässig ausgeschlossen, da eine Rückerstattungspflicht von schon geleisteten Warenraten aus wirtschaftlichen Gründen sinnlos und praktisch nicht durchführ-

1) Vgl. vorn S. 98 und die dort zitierte Literatur.

2) Vgl. vorn S. 99 und die dort zitierte Literatur.

bar wäre. Beim SLV führt allein eine **Vertragsauflösung mit Wirkung ex nunc** zu vertretbaren Lösungen (1)(2).

Die weitere sich aus den allgemeinen Verzugsbestimmungen ergebende Wahlmöglichkeit, **gemäss der Austauschtheorie vorzugehen**, ist beim SLV ebenfalls **ausgeschlossen**: Danach könnte der Abnehmer auf die ausstehenden Sachleistungsraten verzichten und stattdessen Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses verlangen. Seine eigene Leistung, die Zahlungsraten, hätte er weiterhin zu erbringen. Dies hätte aber zur Folge, dass der Lieferant mit der an die Stelle der Sachleistungspflicht getretenen (einmaligen) Schadenersatzpflicht vorleistungspflichtig würde und der Abnehmer weiterhin seiner Zahlungspflicht in Raten nachkommen könnte, ein vom Gesetz sicher nicht gewolltes Resultat. Wie schon vorne gezeigt wurde, setzt das Vorgehen nach der Austauschtheorie ein Nichtdauerschuldverhältnis voraus (3).

-
- 1) Ausführlich vorn S. 100 f. und die dort zitierte Literatur.
 - 2) Bei atypischen SLV, welche **nicht** über ein Massengut abgeschlossen werden, kann ausnahmsweise ein Rücktritt mit Wirkung **ex tunc** angebracht sein, wenn zwischen den einzelnen Warenraten ein enger Sachzusammenhang besteht. Z. B. für den Abnehmer, welcher infolge Lieferungsverzuges nur einen Teil eines Lexikons erhält, sind die einzelnen Bände wertlos, weshalb ihm nur mit einem Rücktritt mit Wirkung **ex tunc** gedient ist. Vgl. vorn S. 72 f. Hürlimann, S. 28, will einen engen Zusammenhang aller Raten beim SLV völlig ausschliessen.
 - 3) Vgl. vorn S. 101.

Der Abnehmer hat daher bei Verzug des Lieferanten nur die Möglichkeit, nach der **Differenztheorie** vorzugehen oder die **Vertragserfüllung** zu verlangen. Gemäss der Differenztheorie kann der Abnehmer auf die verspätete Lieferung der Warenraten verzichten, stattdessen Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses verlangen und die eigenen, zurückbehaltenen Zahlungsraten abziehen. Wie schon vorne dargelegt wurde (1), handelt es sich dabei im Grunde nicht um die Ausübung des Wahlrechtes im Sinne von Art. 107 ff. OR, da die in diesen Bestimmungen enthaltenen Wahlmöglichkeiten infolge der Dauervertragsnatur des SLV nicht gegeben sind. Der Abnehmer hat nur die Möglichkeiten, (a) auf der **Weiterabwicklung des SLV zu beharren** und einen allfälligen Verspätungsschaden zu verlangen oder (b) den noch nicht erfüllten Teil des SLV aufzulösen (2) und **Ersatz des Erfüllungsinteresses geltend zu machen**. Es liegt somit auch hier näher, diesen Anspruch aus Art. 97 OR herzuleiten, wonach der Schuldner bei nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages **grundsätzlich schadenersatzpflichtig** ist, sofern er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft.

Schliesslich wurde vorn gezeigt, dass das in Art. 107 OR geregelte Verfahren der Fristansetzung mit unverzüglicher Wahlerklärung für den SLV unpassend ist (3).

1) Vgl. vorn S. 102.

2) Zu den Voraussetzungen der Vertragsauflösung: Vgl. hinten S. 130 f.

3) Vgl. vorn S. 103.

Zusammenfassend gilt: Die allgemeinen Verzugsbestimmungen (Art. 107 - 109 OR) können bei Verzug des Lieferanten nicht angewendet werden, falls der Abnehmer den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen will.

bb) Nichtanwendbarkeit der besonderen Verzugsbestimmung (Art. 190 OR)

Der Abnehmer kann, wenn kaufmännischer Verkehr gegeben ist und die Parteien bestimmte Lieferungstermine vereinbart haben, bezüglich des vom Verzug betroffenen Leistungspaares gemäss Art. 190 OR vorgehen. Der Abnehmer braucht demnach keine Nachfrist anzusetzen. Zudem stellt das Gesetz die Vermutung auf, dass er auf nachträgliche Lieferung verzichte (1). Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 190 OR auch anwendbar ist, wenn der Abnehmer den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen will. Dies ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Da die allgemeinen Verzugsbestimmungen (Art. 107 - 109 OR) auf Nichtdauerverträge ausgerichtet sind und demnach beim SLV keine Anwendung finden (2), muss dies auch für Art. 190 OR gelten. Denn diese Bestimmung enthält die gleichen, auf Dauerverträge nicht passenden Wahlmöglichkeiten wie Art. 107 OR und privilegiert zusätzlich den Käufer (keine Nachfristansetzung nötig; gesetzliche Vermutung des Lieferungsverzichtes) (3).

1) Vgl. vorn S. 119.

2) Vgl. vorn S. 123 ff.

3) Vgl. vorn S. 119.

Zudem kann sich die Vermutung des Lieferungsverzichtes bei Verzug mit nur einer Rate nicht auf den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV erstrecken, da eine Vertragsauflösung nur zulässig ist, wenn **besondere Voraussetzungen** erfüllt sind (1). Schliesslich ist es mit dem **Grundsatz von Treu und Glauben** unvereinbar, dass der Abnehmer ohne vorangehende Androhung auf die Weiterabwicklung des SLV verzichtet. Der Lieferant soll wissen, dass bei einem weiteren Vertragsbruch der gesamte noch nicht erfüllte Vertragsteil dahinfällt.

b) PROBLEM DER VORAUSSETZUNGEN ZUR
VERTRAGSAUFLÖSUNG

Gerät der Lieferant mit einer (oder mehreren) Rate(n) in Verzug, kann nicht ohne weiteres der gesamte noch nicht erfüllte Teil des SLV aufgelöst werden. Besondere Voraussetzungen müssen hiezu erfüllt sein.

1) Vgl. hinten S. 130 f.

aa) Positive Vertragsverletzung

Vorn wurde gezeigt, dass der Begriff der positiven Vertragsverletzung für das schweizerische Recht entbehrlich ist, da die Fälle fehlerhafter Vertragserfüllung aufgrund von Art. 97 OR zu einer Schadenersatzpflicht führen. Er ist zu wenig bestimmt und lässt sich nur negativ abgrenzen. Auf diesen Begriff kann deshalb nicht abgestellt werden, wenn die Frage nach der Zulässigkeit der Vertragsauflösung beantwortet werden soll (1).

bb) Vertragszweckgefährdung

Falls durch den Verzug des Lieferanten die Durchführung oder der Zweck des gesamten SLV gefährdet wird, kann nach häufig vertretener Ansicht der Abnehmer den noch nicht erfüllten Vertragsteil auflösen (2). Dabei handelt es sich um den für Dauerverträge typischen Grundsatz, gemäss welchem die vertragstreue Partei den Vertrag auflösen kann, wenn ihr nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.

1) Ausführlich vorn S. 107 ff. und die dort zitierte Literatur.

2) Vgl. vorn S. 98 und die dort erwähnte Lehre und Rechtsprechung.

c) VERTRAGSAUFLÖSUNG AUS WICHTIGEM GRUND

aa) Zulässigkeit der Vertragsauflösung aus
wichtigem Grund bei Dauerverträgen

aaa) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei
im OR geregelten Dauerverträgen

Zahlreiche Verträge kennen die Auflösung aus wichtigem Grund (1). Dahinter steht der Gedanke, dass die Abwicklung von Dauerverträgen ein allgemeines Vertrauensverhältnis voraussetzt. Wird dieses nachhaltig gestört, muss es der betroffenen Partei ermöglicht werden, den Dauervertrag aufzulösen (2).

bbb) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund
beim Sukzessivlieferungsvertrag

Die Auflösbarkeit von Dauerverträgen aus wichtigem Grund ist von der Doktrin als allgemeiner, für alle Dauerverträge gültiger Grundsatz erkannt worden. Da der SLV zu den Dauerverträgen (im engen oder im weiten Sinn) zu zählen ist und ebenfalls ein allgemeines Vertrauensverhältnis voraussetzt, muss die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund auch bei diesem Vertrag zulässig sein (3).

1) Miete (Art. 269 OR); Pacht (Art. 291 OR); Arbeitsvertrag (Art. 337 OR); Agenturvertrag (Art. 418r OR); Verpfründung (Art. 527 OR); einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7, Art. 545 Abs. 2 OR).

2) Ausführlich vorn S. 110 ff.

3) Ausführlich vorn S. 112 f. und die dort zitierte Literatur.

bb) Lieferungsverzug als möglicher, wichtiger Grund
zur Auflösung des Sukzessivlieferungsvertrages

Befindet sich der Lieferant mit einer (oder mehreren) Sachleistungsrate(n) in Verzug, so kann der Abnehmer den noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung aufgrund von Art. 97 OR verlangen (1), wenn ihm infolge des Verzuges mit der Lieferung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Demnach muss entschieden werden, ob mit dem Lieferungsverzug die Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfüllt seien. Dies hat auf objektive, dem konkreten Einzelfall gerechte Weise zu erfolgen (2). Der Vertrag sowie die gesamten Umstände sind dabei zu berücksichtigen:

Ausnahmsweise kann der Abnehmer schon durch den Verzug mit nur einer Sachleistungsrate zur Auflösung des SLV berechtigt werden. Dies trifft dann zu, wenn die einzelnen Lieferungstermine genau bestimmt sind und sich ihr fixgeschäftlicher Charakter nicht nur auf die einzelne Rate beschränkt, sondern von der Einhaltung der einzelnen Lieferungstermine der Bestand des gesamten SLV abhängen soll. Verzug mit nur einer Rate berechtigt zudem zur Vertragsauflösung, falls die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass auch die nächsten Raten verspätet geliefert werden. Dabei müssen die gesamten Umstände berücksichtigt werden, welche

1) Vgl. vorn S. 125.

2) Vgl. vorn S. 111 f.

zum Verzug geführt haben: Ist die Ursache der Leistungsverspätung beispielsweise durch ungenügende Produktionskapazität bedingt, so sind die Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfüllt. Ist der Verzug aber infolge eines nur vorübergehenden Maschinenschadens entstanden, so ist ein Abgehen vom ganzen noch abzuwickelnden Vertragsteil nicht gerechtfertigt.

Verzug mit mehreren Warenraten dagegen berechtigt den Abnehmer zur Vertragsauflösung. Aufgrund der wiederholten Vertragsverletzungen ist es für ihn nach Treu und Glauben nicht zumutbar, weiter an den Vertrag gebunden zu sein. Er hat daher das Recht, den noch nicht erfüllten Teil des SLV aufzulösen und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung aufgrund von Art. 97 OR geltend zu machen.

Nach Treu und Glauben muss vom Abnehmer verlangt werden, dass er vor Ausüben des Vertragsauflösungsrechtes dem Lieferanten androht, bei weiter andauerndem oder sich wiederholendem Verzug auf den ganzen SLV verzichten zu wollen (1).

1) Art. 190 OR (keine Nachfristansetzung nötig; gesetzliche Vermutung des Lieferungsverzichtes) ist hier nicht anwendbar. Vgl. vorn S. 126 f.

3. Zusammenfassung

Der Abnehmer kann somit das Wahlrecht gemäss Art. 107 ff. und Art. 190 OR für das einzelne Leistungspaar ausüben, innerhalb welchem der Lieferant mit der Sachleistungsrate in Verzug ist (1). Der Abnehmer kann zudem bei Verzug des Lieferanten den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und gemäss Art. 97 OR Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung verlangen, wenn ihm nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (2).

1) Vgl. vorn S. 117 ff., bes. 118 ff.

2) Vgl. vorn S. 122 ff., bes. 130 f.

§ 16 SCHLECHTERFÜLLUNG IM SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG

I. ALLGEMEINES

1. Besondere Probleme der Schlechterfüllung im Sukzessivlieferungsvertrag als Dauerschuldverhältnis

Während der Abwicklung eines SLV kann der Lieferant mit der ersten, mit einer mittleren oder mit der letzten Rate mangelhaft erfüllen. Bei Schlechterfüllung mit der ersten oder mittleren Lieferung kann sich die Vertragsverletzung auf eine Rate beschränken oder auf mehrere ausdehnen. Der Zeitpunkt der Schlechterfüllung innerhalb der Abwicklung des gesamten Vertrages, die Anzahl mangelhafter Raten sowie die Erheblichkeit des einzelnen Mangels bestimmen weitgehend die Interessen des Abnehmers: Ist schon die erste Warenrate mangelhaft, so entsteht für den Abnehmer eine ungewisse Situation. Handelt es sich nur um eine einmalige Vertragsverletzung oder werden auch die zukünftigen Lieferungen Mängel aufweisen? Bei Schlechterfüllung mit einer mittleren Rate hat der Abnehmer die Möglichkeit, aufgrund des bereits erfüllten Vertragsteiles abzuschätzen, wie der Lieferant in Zukunft erfüllen wird. Falls er schon mehrmals ungenügende Ware erhalten hat, wird er sich vom Vertrag lösen wollen. Weist die gelieferte Ware einen besonders gravierenden Mangel auf, so kann schon eine einmalige Vertragsverletzung genügen, um das Interesse an der Vertragsauflösung hervorzurufen. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Abnehmer berechtigt ist, sich vom Vertragspartner zu lösen. Muss er Wandelung bezüg-

lich der einzelnen Rate verlangen, wenn er vom ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV abgehen will oder kann er auch Minderung geltend machen? Zudem ist abzuklären, ob die Vertragsauflösung auch rückwirkend den bereits erfüllten Vertragsteil erfasst. Mangelhafte Lieferung mit der **letzten** Rate verursacht in der Regel keine besondern Probleme, da der grösste Teil des SLV bereits erfüllt ist. Dieser Fall tritt aber in der Praxis selten auf.

2. Rechtsmängel und Sachmängel

Das Gesetz ordnet zwei verschiedene Tatbestände der Schlechterfüllung: Eine Ware kann Sachmängel oder Rechtsmängel aufweisen. Liegen Sachmängel vor, so kommen die Bestimmungen über die Sachgewährleistung (Art. 197 - 210 OR) zur Anwendung. Handelt es sich um Rechtsmängel, so sind die Normen über die Rechtsgewährleistung (Art. 192 - 196 OR) massgebend. "Rechtsgewährleistung ist das Entstehenmüssen des Verkäufers dafür, dass nicht ein Dritter dem Käufer kraft eines schon zur Zeit des Vertragsabschlusses gegebenen subjektiven Rechts die Kaufsache ganz oder teilweise entzieht." (1)(2) Fälle der Rechtsgewährleistung

1) Giger, Art. 192, N 5.

2) Von den Rechtsmängeln müssen die Sachmängel rechtlicher Natur abgegrenzt werden: Bei Rechtsmängeln macht ein **Dritter** ein subjektives Recht an der Sache geltend. Ist eine Ware aber mangelhaft, weil sie beispielsweise gegen öffentlichrechtliche Normen verstösst, liegt ein Sachmangel rechtlicher Natur vor: Giger, Art. 192, N 21 f.; Guhl/Merz/Kummer, § 42, II, 1, S. 342.

sind selten. Dies gilt besonders im Zusammenhang mit dem SLV, welcher in der Regel auf den Absatz von Massengütern abzielt (1): Aufgrund von Art. 714 Abs. 2 und Art. 933 ZGB erlangt der gutgläubige Erwerber an einer beweglichen Sache auch dann das Eigentum, wenn der Veräusserer eine ihm anvertraute Sache unberechtigterweise übergibt. Der gutgläubige Erwerb einer beweglichen Sache ist nur dann nicht geschützt, wenn diese dem Dritten **gestohlen wurde, verloren ging** oder **sonst wider Willen abhanden kam** (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Nur in diesen Fällen kommt somit bei beweglichen Sachen die Rechtsgewährleistung zur Anwendung (2). Bei SLV, in welchen Massengüter in grösseren Mengen umgesetzt werden, sind diese Voraussetzungen aber nur äusserst selten erfüllt. In Lehre und Rechtsprechung ist kein derartiger Fall bekannt. Daher ist es gerechtfertigt, auf besondere Ausführungen über Rechtsmängel im Zusammenhang mit dem SLV zu verzichten. Lösungen zu allfälligen Problemen können analogerweise dem nachfolgenden Abschnitt entnommen werden, in welchem unter dem Titel der Schlechterfüllung nur die Lieferung von mit Sachmängeln behafteten Warenraten besprochen wird.

1) Vgl. vorn S. 2 f.

2) Giger, Art. 192, N 32; Guhl/Merz/Kummer, § 42, I, 1, S. 339 f.

II. SCHLECHTERFUELLUNG

1. Rechtsfolgen der Schlechterfüllung für das einzelne Leistungspaar: Sachgewährleistung

a) BEGRIFF UND VORAUSSETZUNGEN DER SACHGEWÄHRLEISTUNG

aa) Mangelhaftigkeit der Ware

Gemäss Art. 197 OR haftet der Verkäufer, falls dem Kaufgegenstand zugesicherte Eigenschaften fehlen. Im typischen SLV ist die geschuldete Ware der Gattung nach bestimmt. Die Leistungspflicht wird nach der Qualität und nach der Quantität umschrieben (1). Der Lieferant kann die für den Abnehmer bestimmte Ware auswählen (Art. 71 Abs. 1 OR). Er muss aber nicht nur Ware mittlerer Qualität liefern (Art. 71 Abs. 2 OR), sondern solche, welche über die zugesicherten Eigenschaften verfügt. Mit der Zusicherung wird der Kreis der Ware abgegrenzt, welche als Erfüllung in Frage kommt (2). Eigenschaften körperlicher, rechtlicher

1) Vgl. vorn S. 27 f.

2) Die Rechtsnatur der Zusicherung von Eigenschaften ist umstritten: Nach Giger ist beim Gattungs- und beim Stückkauf die Qualität des Kaufgegenstandes und somit auch die Zusicherung von Eigenschaften Bestandteil des Vertragsinhaltes: Giger, Vorbem. zu Art. 197 - 210, N 14 ff., Art. 197, N 7 ff. Nach anderer Ansicht handelt es sich bei der Zusicherung nicht um einen Vertragsbestandteil, sondern um eine "gesetzliche Haftung": Keller/Lörtscher, S. 60 f. und die dort zitierte Lehre und Rechtsprechung.

oder wirtschaftlicher Art können zugesichert werden (1). So kann der Lieferant beispielsweise den Heizwert von Kohle (2), die Uebereinstimmung mit polizeilichen Vorschriften beim Lebensmittelhandel oder die Absatzfähigkeit eines Produktes auf dem Markt zusichern. Nach dem Vertrauensprinzip ist zu entscheiden, ob es sich um eine Zusicherung von Eigenschaften im Sinne von Art. 197 OR handelt, für welche der Lieferant einzustehen hat, oder lediglich um eine unverbindliche Anpreisung (3).

Nach Art. 197 OR haftet der Verkäufer auch, wenn der Kaufgegenstand Mängel aufweist, die den Wert oder die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Der Lieferant hat Ware von mittlerer Qualität zu liefern, falls die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben (Art. 71 Abs. 2 OR). Die geschuldete Qualität der Ware wird im konkreten Vertrag bestimmt. Wenn dieser hierüber nichts enthält, so ist von der normalen Warenbeschaffenheit auszugehen (4). Eine Sachgewährleistungspflicht entsteht nur bei erheblichen Mängeln: Erheblich ist ein Mangel, wenn der Käufer/Abnehmer als korrekter Partner nach Vertragsinhalt oder Verkehrsanschauung den Vertrag in Kenntnis des Mangels nicht oder nicht zu diesem

1) Giger, Art. 197, N 35.

2) BGE 20 973.

3) Giger, Art. 197, N 15 ff.

4) Giger, Art. 197, N 52.

Preis abgeschlossen hätte (1). Unter dem **vorausgesetzten Gebrauch** im Sinne von Art. 197 OR ist eine Verwendung zu verstehen, zu welcher die Ware nach übereinstimmendem Parteiwillen tauglich sein soll. Fehlt eine Abrede, so ist die Verkehrsauffassung massgebend (2).

In diesem Zusammenhang ist auf **das Problem der Abgrenzung der Schlechterfüllung von der Falschlieferung** einzugehen: Schlechterfüllung ist gegeben, falls der Lieferant Ware liefert, welche der im Vertrag umschriebenen Gattung zwar entspricht, aber mit Mängeln behaftet ist. Um Falschlieferung (Lieferung eines Aliud) und somit um Nichterfüllung handelt es sich, wenn Ware anderer Art geliefert wird, d. h. solche, welche nicht der vertraglich vereinbarten Gattung entspricht. Diese Abgrenzung ist von Bedeutung, da nach herrschender Lehre bei Falschlieferung die Vorschriften über die nicht gehörige Erfüllung (Art. 97 ff. OR) zur Anwendung gelangen, bei Schlechterfüllung aber diejenigen über die Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) mit den strengen formellen Anforderungen der sofortigen Mängelrüge (Art. 201 f. OR) und der kurzen Klagfrist (Art. 210, Art. 219 Abs. 3 OR) (3). Bei einer Speziessache bereitet diese Abgrenzung keine Schwierigkeiten, da der Vertragsgegenstand individuell bestimmt ist. Bei **Gattungsware** (4)

1) Keller/Lörtscher, S. 62; Cavin, S. 83 f.

2) Giger, Art. 197, N 70; Cavin, S. 82 f.

3) Giger, Vorbem. zu Art. 197 - 210, N 42; Oser/Schönenberger, Art. 197, N 14.

4) Und somit beim SLV: Vgl. vorn S. 27 f.

kann aber oftmals keine klare Grenze gezogen werden zwischen mangelhafter und falscher Lieferung: Häufig ist die Qualität einer Ware, welche als Erfüllung in Frage kommt, im Vertrag nicht so genau umschrieben, dass zweifelsfrei festgestellt werden könnte, ob es sich bei der beanstandeten Ware um Schlechterfüllung oder um Falschlieferung handelt. Wird mangels genügender Anhaltspunkte im Vertrag auf die normale Warenbeschaffenheit abgestellt, so können die gleichen Abgrenzungsprobleme entstehen. Zudem kann die beanstandete Ware in mehr oder weniger ausgeprägtem Mass mangelhaft sein. Oftmals handelt es sich nur um graduelle Unterschiede (1)(2). Unter Berücksichtigung dieser Abgrenzungsschwierigkeiten erscheint es gerechtfertigt, im Fall von Gattungsware auf die Anknüpfung unterschiedlicher Rechtsfolgen bei Falschlieferung bzw. Schlechterfüllung zu verzichten (3). Demnach sind Art. 97 ff. und Art. 197 ff. OR uneingeschränkt konkurrierend anwendbar, d. h. eine Klage kann auch auf Art. 97 ff. OR abgestellt werden, wenn die Voraussetzungen der sofortigen Mängelrüge (Art. 201 f. OR) und der kurzen Klagefrist (Art. 210, Art. 219 Abs. 3 OR) nicht erfüllt sind (4). Damit lassen sich willkürli-

1) Neuenschwander, S. 24; Schubiger, S. 37 ff.

2) Z. B.: Ein in Raten geliefertes Waschmittel weist einen unterschiedlichen Anteil an waschaktiver Substanz auf.

3) So in BGE 94 II 26 ff.

4) Dies ist eine Ausnahme zur ständigen Praxis des Bundesgerichtes, wonach bei mangelhafter Erfüllung eine Klage nach Art. 97 ff. OR ebenfalls den strengen Gewährleistungsbestimmungen der Mängelrüge und der kurzen Verjährung unterliegt: BGE 96 II 117; 90 II 88 und die dort zitierten Entscheide.

che Resultate vermeiden (1). Die Gleichbehandlung von Falschlieferung und Schlechterfüllung ist aber nur gerechtfertigt, wenn die Abgrenzung **zweifelhaft** ist. In eindeutigen Fällen (2) ist an der Unterscheidung mit unterschiedlicher Rechtsfolge festzuhalten (3).

bb) Unkenntnis der Mangelhaftigkeit beim Abnehmer

Gemäss Art. 200 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat. Kenntnis liegt vor, wenn der Käufer/Abnehmer über den Mangel im ganzen Umfang und der vollen Tragweite Bescheid weiss (4). Nach Art. 200 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer zudem nicht für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen. Der Käufer/Abnehmer hat vor dem Vertragsabschluss die Ware mit gewöhnlicher Sorgfalt auszuwählen und zu besichtigen (5). Nach

1) Giger, Vorbem. zu Art. 197 - 210, N 49.

2) Z. B.: Anstelle von Geschirrspülmittel wird ein Kleiderwaschmittel geliefert.

3) Giger schlägt eine grundlegend andere Lösung des Konkurrenzproblems vor: Danach sind bei mangelhafter Erfüllung die allgemeinen Rechtsbehelfe (Art. 97 ff. OR) und die Rechtsbehelfe der Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) stets uneingeschränkt und konkurrierend anwendbar: Giger, Vorbem. zu Art. 197 - 210, N 20 ff.; gl. M.: Keller/Lörtscher, S. 86 f.

4) Giger, Art. 200, N 7.

5) Cavin, S. 84.

Lehre und Rechtsprechung entfällt die Sachgewährleistung, wenn er die Mängel grobfahrlässig nicht gekannt hat. Ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, ist unter Berücksichtigung der gesamten Begleitumstände des Vertrages zu entscheiden (1). Die grobfahrlässige Unkenntnis führt nicht zum Wegfall der Sachgewährleistung, wenn der Verkäufer die Mängelfreiheit der Ware zugesichert hat (Art. 200 Abs. 2 OR).

cc) Mängelrüge

Nach Art. 201 Abs. 1 OR hat der Käufer die Ware zu untersuchen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. Grundsätzlich muss die Kontrolle am Ablieferungsort erfolgen, ausser Parteivereinbarung oder Verkehrssitte ergebe einen anderen Kontrollort (2). Die Kontrollfrist beginnt mit der Ablieferung der einzelnen Raten. Ihre Dauer bemisst sich "nach dem üblichen Geschäftsgange": Massgebend ist die im betreffenden Geschäftszweig am massgebenden Untersuchungsort herrschende Uebung bzw. Handelsusanz (3). Die Natur der Ware sowie die Branchenübung bestimmen Art und Weise der Kontrolle. Bei Massenware genügen Stichproben in angemessener Anzahl und ausreichender Streuung (4). Ge-

1) Giger, Art. 200, N 18 ff.; Oser/Schönenberger, Art. 200, N 3.

2) Giger, Art. 201, N 23 ff.; Oser/Schönenberger, Art. 201, N 21.

3) Giger, Art. 201, N 35, 39.

4) Giger, Art. 201, N 45, 54; BGE 52 II 367 f.

mäss Art. 201 Abs. 1 OR muss der Käufer, falls er Mängel an der gelieferten Ware festgestellt hat, dies sofort seinem Vertragspartner anzeigen. Die Rüge muss genügend substantiiert sein, d. h. Art, Inhalt und Umfang der Mängel enthalten. Aus der Rüge muss auch hervorgehen, welche Rate beanstandet wird (1). Bei geheimen Mängeln muss die Anzeige sofort nach ihrer Entdeckung erfolgen. Die Ware gilt als genehmigt und der Käufer/Abnehmer verliert seine Sachgewährleistungsansprüche, wenn er die Mängelrüge versäumt hat (Art. 201 Abs. 2 und 3 OR).

b) WAHLRECHT DES ABNEHMERS GEMÄSS ART. 205 ff. OR

aa) Wahlrecht mit Bezug auf die einzelne(n) Rate(n)

Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Sachgewährleistung setzt primär voraus, dass dem Abnehmer Warenraten geliefert wurden. Zudem müssen die vorher erwähnten Voraussetzungen der Sachgewährleistung erfüllt sein (2). Daher kann der Abnehmer das in Art. 205 ff. OR enthaltene Wahlrecht, Wandelung, Minderung oder Nachlieferung zu verlangen, grundsätzlich nur für die jeweils gelieferten, nicht auch für die noch ausstehenden Warenraten geltend machen.

1) Giger, Art. 201, N 62, 70.

2) Vgl. vorn S. 136 ff.

bb) Voraussetzung und Inhalt des Wahlrechtes

aaa) Wandelung

Sind mit Bezug auf die einzelne(n) Warenrate(n) die Voraussetzungen der Sachgewährleistung erfüllt (1), so hat der Abnehmer die Möglichkeit, mittels Wandelung den Teilvertrag über dasjenige Leistungspaar, welches von der Schlechterfüllung betroffen ist, rückgängig zu machen (Art. 205 Abs. 1 OR). Durch die Wandelung wird der entsprechende Teil des SLV mit Wirkung ex tunc aufgelöst (2). Der Abnehmer muss die mangelhaften Warenraten zurückgeben nebst dem bezogenen Nutzen (Art. 208 Abs. 1 OR); der Lieferant hat die entsprechenden Preisraten samt Zinsen zurückzuerstatten (Art. 208 Abs. 2 OR). Mit Art. 205 Abs. 2 OR wird das Recht, Wandelung zu verlangen, eingeschränkt: Der Richter kann Ersatz des Minderwertes zusprechen, "sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen". Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn die Ware nur geringfügige Mängel aufweist und für den Erwerber brauchbar ist. Der Richter hat die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen: Er soll auf Minderung erkennen, wenn dem Abnehmer zugemutet werden kann, die einzelnen Warenraten trotz ihrer Mängel zu behalten, oder wenn deren Wandelung für den Lieferanten eine nicht gerechtfertigte Härte bedeuten würde (3).

1) Vgl. vorn S. 136 ff.

2) Giger, Art. 208, N 6; Schubiger, S. 63.

3) Giger, Art. 205, N 50 ff.; Cavin, S. 98.

Gemäss Art. 208 Abs. 2 OR **haftet der Verkäufer/Lieferant kausal**, d. h. auch ohne Verschulden, für den durch die mangelhafte Ware **unmittelbar verursachten Schaden**. Hier ist vor allem der **Mangelfolgeschaden** von Bedeutung: Darunter ist die "durch den mangelhaften Zustand der Kaufsache adäquat kausal verursachte Schädigung der Rechtsgüter des Käufers" zu verstehen (1)(2). Die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden und somit der Bereich der Kausalhaftung ist aber umstritten (3). Nach Art. 208 Abs. 2 OR hat der Verkäufer/Lieferant zudem ohne Verschul-

1) Giger, Art. 208, N 36.

2) Z. B.: Die Lieferung von minderwertigem Oel führt zu einer Beschädigung der Heizanlage.

3) Nach einer Meinung umfasst der unmittelbare Schaden den sogenannten "positiven Schaden" (*damnum emergens*) als Teil des negativen Vertragsinteresses. Unter mittelbarem ("weiteren") Schaden ist das positive Vertragsinteresse und somit der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*) zu verstehen: Giger, Art. 195, N 34, Art. 208, N 38; BGE 79 II 380. Nach anderer Ansicht ist bei der Abgrenzung auch die Nähe des Kausalzusammenhangs zu berücksichtigen: Demnach gehört nur derjenige Teil des positiven Schadens, der ohne Hinzutritt weiterer Schadensursachen in direkter Folge der Mangelhaftigkeit entstanden ist, zum unmittelbaren Schaden: Keller/Lörtscher, S. 52 f., 72 f. Schliesslich wird auch die Meinung vertreten, der unmittelbare Schaden entspreche dem negativen, der mittelbare Schaden dem positiven Vertragsinteresse: Oser/Schönenberger, Art. 195, N 7; Cavin, S. 68. Diese Ansicht ist abzulehnen, da das negative Vertragsinteresse auch den entgangenen Gewinn umfassen kann, dieser aber nicht zum unmittelbaren Schaden gezählt werden darf: Giger, Art. 195, N 31 ff.; Keller/Lörtscher, S. 51 f.

den einzustehen für **Verwendungen**, die der Abnehmer bezüglich der mangelhaften Warenraten machte (1), für **Prozesskosten** (2) und für **Kosten der Mangeleruierung** (3). Der Lieferant hat für den weiteren (mittelbaren) Schaden, welcher durch die mangelhafte Ware entstanden ist, einzustehen, sofern er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 208 Abs. 3 OR).

In diesem Zusammenhang ist schliesslich die Frage zu prüfen, ob sich die Wandelung auf das aktuelle Leistungspaar beschränkt oder ob alle schon gelieferten Raten von der Vertragsauflösung betroffen werden: Nach Art. 209 Abs. 1 OR ist bei einer Mehrheit von Kaufsachen Wandelung grundsätzlich nur bezüglich der mangelhaften Stücke möglich. Die Wandelung erstreckt sich auf den ganzen Kaufgegenstand, wenn sich die fehlerhaften Stücke von den fehlerfreien nicht ohne erheblichen Nachteil für eine der Vertragsparteien trennen lassen (Art. 209 Abs. 2 OR). Beim SLV beschränkt sich die Wandelung auf das vom Mangel betroffene Leistungspaar (4), da infolge des Massengut-Charakters der geschuldeten Ware (5) zwischen den einzelnen Raten kein enger Sachzusammenhang besteht (6).

1) Z. B.: Unterhalts- oder Lagerungskosten.

2) Im Streit gegen einen Dritten.

3) Giger, Art. 208, N 40 ff.

4) Giger, Art. 209, N 14.

5) Vgl. vorn S. 2 f.

6) Bei atypischen SLV, welche nicht über ein Massengut abgeschlossen werden, kann ausnahmsweise eine Totalwandelung infolge des Sachzusammenhanges gerechtfertigt sein. Vgl. vorn S. 72 f.

bbb) Minderung

Sind bezüglich der gelieferten Warenraten die Voraussetzungen der Sachgewährleistung erfüllt (1), kann der Abnehmer mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes geltend machen (Art. 205 Abs. 1 OR): **Der Teilvertrag über dasjenige Leistungspaar, welches von der mangelhaften Erfüllung betroffen ist, bleibt bestehen und der Preis der mangelhaften Rate wird herabgesetzt.** Gemäss der relativen Berechnungsmethode ist der Preis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der objektive Wert der mängelfreien Ware zum effektiven Wert der mangelhaften Ware steht (2). Ob die für die Wandelung statuierte Kausalhaftung gemäss Art. 208 Abs. 2 OR auch bei der Minderung Anwendung findet, ist umstritten (3). Im Zusammenhang mit dem SLV erscheint die Minderung als zweckmässiger Rechtsbehelf: Da es sich bei der geschuldeten Ware um ein Massengut handelt, würde die praktische Durchführung der Wandelung bezüglich einzelner Raten oft unangemessene Umtriebe verursachen. Minderung kommt aber für den Abnehmer nicht in Frage, wenn die beanstandeten Warenraten völlig unbrauchbar sind.

1) Vgl. vorn S. 136 ff.

2) Giger, Art. 205, N 20 ff.; Oser/Schönenberger, Art. 205, N 18.

3) In BGE 63 II 403 ff. wird eine analoge Anwendung abgelehnt. Nach überwiegender Lehre soll die Kausalhaftung auch für die Minderung gelten. Der Käufer ist nur mit dem Recht, den Preis herabzusetzen, zu wenig geschützt, da auch bei kleinen Mängeln beträchtliche Mangelfolgeschäden entstehen können: Giger, Art. 208, N 56 und die a. E. zitierte Literatur; Keller/Lörtscher, S. 75 f.

ccc) Nachlieferung

Im SLV ist die geschuldete Ware der Gattung nach bestimmt (1). Der Abnehmer hat daher gemäss Art. 206 OR die Wahl, für die mangelhaften Warenraten Nachlieferung wahrhafter Ware derselben Gattung zu fordern (2). Die Anwendbarkeit von Art. 206 OR setzt grundsätzlich voraus, dass mangelhafte Ware geliefert wurde. Bei Falschlieferung (Lieferung eines Aliud) kommen die Bestimmungen über die nicht gehörige Erfüllung (Art. 97 ff. OR) zur Anwendung. Wenn aber im konkreten Einzelfall die Abgrenzung zwischen Schlechterfüllung und Falschlieferung Schwierigkeiten bereitet, erscheint es gerechtfertigt, auf die Anknüpfung unterschiedlicher Rechtsfolgen zu verzichten und Art. 97 ff. OR sowie Art. 206 OR uneingeschränkt konkurrierend anzuwenden (3).

Gemäss Art. 206 Abs. 2 OR ist der Verkäufer/Lieferant nur im Fall des Platzkaufes berechtigt, "sich durch sofortige Lieferung wahrhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von jedem weiteren Anspruche des Käufers zu befreien". Auch beim Distanzkauf soll aber dem Verkäufer das Recht auf Nachlieferung zustehen, wenn dies dem Käufer

1) Vgl. vorn S. 27 f.

2) Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes kommt es nicht darauf an, ob es sich um "vertretbare Sachen" handelt. Entscheidend ist, dass die Parteien den Leistungsgegenstand der Gattung nach bestimmen: Giger, Art. 206, N 4; Oser/Schönenberger, Art. 206, N 2.

3) Giger, Art. 206, N 9; BGE 94 II 35; vgl. ausführlich vorn S. 139 f.

keine unzumutbare Belästigung und Ueberschreitung der Lieferfrist verursacht (1).

2. Rechtsfolgen der Schlechterfüllung für den noch nicht erfüllten Teil des Sukzessivlieferungsvertrages

a) PROBLEM DER ANWENDBARKEIT DER SACHGEWÄHR- LEISTUNGSBESTIMMUNGEN

Vorn wurde gezeigt, dass der Abnehmer das in Art. 205 ff. OR enthaltene Wahlrecht, Wandelung, Minderung oder Nachlieferung zu verlangen, grundsätzlich nur für die gelieferten, mangelhaften Warenraten, nicht auch für die noch ausstehenden Lieferungen geltend machen kann (2). Die Beschränkung der Rechtsfolgen auf das von der Schlechterfüllung betroffene Leistungspaar genügt dem Abnehmer, wenn die Vertragsverletzung nur eine einzelne Rate betrifft oder unbedeutender Natur ist. Oftmals hat der begangene Vertragsbruch einen gravierenderen Charakter: So kann beispielsweise eine einzelne ungenügende Warenrate einen beträchtlichen Mangelfolgeschaden verursachen. Oder mehrere gelieferte Raten weisen derart schwere Mängel auf, dass sie

1) Giger, Art. 206, N 21; Keller/Lörtscher, S. 77; SJZ 43 (1947) S. 112.

2) Vgl vorn S. 142 ff.

gänzlich unbrauchbar sind. Die gelieferten Raten leiden zwar nur an geringfügigen Mängeln, trotz vorgebrachter Rüge sind aber auch die nachfolgenden Lieferungen nicht vertragsgemäss. Bei solch schwerwiegenden Vertragsverletzungen kann für den Abnehmer angesichts der längerfristigen vertraglichen Bindung eine nicht zumutbare Situation entstehen. Unter gewissen Voraussetzungen muss es ihm daher ermöglicht werden, sich vom Dauervertrag zu lösen. Zunächst soll untersucht werden, ob dem Abnehmer dieses Recht aufgrund der Bestimmungen über die Sachgewährleistung (Art. 205 ff. OR) zusteht.

aa) Anwendbarkeit der Bestimmungen über die
Wandelung (Art. 205, 208, 209 OR)

aaa) Anwendbarkeit

Gemäss einer in Lehre und Rechtsprechung häufig vertretenen Meinung kann der Abnehmer in (analoger) Anwendung von Art. 209 OR den gesamten noch nicht erfüllten Teil des SLV wandeln, wenn aus der Mangelhaftigkeit einer Lieferung auf die Mangelhaftigkeit auch der folgenden Raten oder überhaupt auf die Unmöglichkeit späterer gehöriger Erfüllung geschlossen werden kann (1).

1) Giger, Art. 209, N 14; Oser/Schönenberger, Art. 209, N 5; BGE 26 II 716, 28 II 511; ZR 5 (1906) Nr. 20; Hürlimann, S. 22 ff., bes. S. 27, schliesst sich im wesentlichen dieser Meinung an, stellt aber fest, dass die Gewährleistungsbestimmungen in diesem Zusammenhang nicht genügen.

bbb) Nichtanwendbarkeit

Die Bestimmungen über die Wandelung (Art. 205, 208, 209 OR) sind m. E. **nicht anwendbar, wenn der Abnehmer vom ganzen noch nicht erfüllten Vertragsteil abgehen will**: Vorn wurde gezeigt, dass der Vertrag infolge Wandelung mit Wirkung ex tunc aufgehoben wird. Schon erbrachte Leistungen müssen von den Parteien zurückerstattet werden (1). Eine rückwirkende Vertragsauflösung kommt aber beim SLV nicht in Frage. Grundsätzlich soll der beidseitig erfüllte Vertragsteil bestehen bleiben. Eine Rückerstattung aller schon geleisteten Raten wäre infolge des Massengut-Charakters der Ware (2) sinnlos und in den meisten Fällen aus praktischen Gründen nicht durchführbar. Vielmehr führt nur eine Vertragsauflösung mit Wirkung ex nunc, welche keine Rückerstattungspflichten nach sich zieht, zu vernünftigen Resultaten (3).

Ebenfalls nicht zur Anwendung gelangt die in Art. 208 Abs. 2 OR statuierte Kausalhaftung des Verkäufers für unmittelbaren Schaden: Sie setzt grundsätzlich voraus, dass dem Abnehmer mangelhafte Ware **geliefert** wurde und kann nicht eintreten, wenn der nicht erfüllte Vertragsteil auf-

1) Art. 208 OR; vgl. vorn S. 143.

2) Vgl. vorn S. 2 f.

3) Eine Totalwandelung bezüglich aller gelieferten Raten kann aber bei atypischen SLV, welche nicht über ein Massengut abgeschlossen werden, infolge des Sachzusammenhanges gerechtfertigt sein (Art. 209 Abs. 2 OR). Vgl. vorn S. 72 f., 145.

gelöst werden soll. So können Mangelfolgeschäden, d. h. eine durch die gelieferte Ware adäquat kausal verursachte Schädigung des Abnehmers (1), nur vom bereits abgewickelten Teil des SLV ausgelöst werden. Ebenso setzen die weiteren Schadensposten, nämlich Verwendungen, Prozesskosten sowie Kosten der Mängeleruierung eine Lieferung der Ware voraus.

Auch Art. 209 Abs. 2 OR hilft nicht weiter, wenn der noch nicht erfüllte Teil des SLV aufgelöst werden soll: Diese Bestimmung lässt eine Totalwandelung der gesamten Kaufsache dann zu, wenn zwischen den einzelnen Stücken ein enger Sachzusammenhang besteht. Diese Voraussetzung ist aber beim typischen SLV nicht erfüllt, weil die geschuldete Ware ein gattungsmässig bestimmtes Massengut ist und demnach die einzelnen Raten nicht in enger Beziehung zueinander stehen. Art. 209 Abs. 2 OR gibt beim typischen SLV keine Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Abnehmer vom gesamten noch nicht erfüllten Vertragsteil abgehen kann.

Schliesslich ist festzuhalten, dass auch die in Art. 201 OR geregelte Mängelrüge in diesem Zusammenhang nicht anwendbar ist, da sie eine "empfangene Sache" voraussetzt. Der Käufer hat bei Mangelhaftigkeit "sofort" Anzeige zu erstatten. Diese Obliegenheit beschränkt sich aber für den Abnehmer auf die Anzeige der Mängel bezüglich der aktuellen, gelieferten Warenrate. Will er den noch nicht erfüllten Vertragsteil auflösen, so muss er dies nicht sofort

1) Vgl. vorn S. 144.

dem Lieferanten mitteilen, sondern erst dann, wenn sich beispielsweise infolge wiederholter Vertragsverletzung die Gründe, die ihn zur Vertragsauflösung berechtigen, in genügendem Mass verdichtet haben (1).

bb) Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen über die Minderung und Nachlieferung (Art. 205, 206 OR)

Minderung und Nachlieferung bewirken keine Auflösung des Kaufvertrages. Daher kann diesen Bestimmungen nicht entnommen werden, unter welchen Voraussetzungen eine Auflösung des noch nicht erfüllten Teils des SLV zulässig ist.

b) PROBLEM DER VORAUSSETZUNGEN ZUR VERTRAGSAUFLÖSUNG

Erhält der Abnehmer eine mangelhafte Warenrate, so kann er für diese Wandelung, Minderung oder Nachlieferung verlangen, wenn die Voraussetzungen der Sachgewährleistung erfüllt sind (2). Vom gesamten noch nicht erfüllten Teil des SLV kann er jedoch nur abgehen, wenn ihn besondere Voraussetzungen hiezu berechtigen.

1) Vgl. hinten S. 156 ff.

2) Vgl. vorn S. 136 ff.

aa) Positive Vertragsverletzung

Vorn wurde festgehalten, dass der Begriff der positiven Vertragsverletzung für das schweizerische Recht entbehrlich ist, da Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung aufgrund der Generalnorm von Art. 97 OR geltend gemacht werden kann. In Art. 97 OR ist nämlich ein allgemeiner, für alle Vertragsverletzungen geltender Haftungsgrundsatz enthalten. Zudem ist der Begriff der positiven Vertragsverletzung zu wenig bestimmt. Er lässt sich nur negativ abgrenzen, indem er diejenigen Vertragsverletzungen erfasst, welche nicht die Merkmale des Verzuges oder der Unmöglichkeit aufweisen. Daher kann auf diesen Begriff nicht abgestellt werden, wenn die Frage nach der Zulässigkeit der Vertragsauflösung beantwortet werden soll (1).

bb) Vertragszweckgefährdung

Nach einer in Lehre und Rechtsprechung häufig vertretenen Ansicht kann der noch nicht erfüllte Teil des SLV aufgelöst werden, wenn aus der Mangelhaftigkeit einer Lieferung auf die Mangelhaftigkeit auch der folgenden oder überhaupt auf die Unmöglichkeit späterer gehöriger Erfül-

1) Ausführlich vorn S. 107 ff. und die dort zitierte Literatur.

lung geschlossen werden kann (1). Nur bedeutende Vertragsverletzungen sollen also den Abnehmer dazu berechtigen, vom ganzen noch nicht erfüllten Vertragsteil abzugehen. Dahinter steht der für Dauerverträge typische Grundsatz, gemäss welchem die betroffene Partei den Vertrag auflösen kann, wenn ihr nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist.

1) Giger, Art. 209, N 14; Oser/Schönenberger, Art. 209, N 5; BGE 26 II 716, 28 II 511; Hürlimann, S. 27 f., stellt fest, die Vertragsauflösung solle dann zulässig sein, wenn infolge einer schweren Vertragsverletzung der vertragstreuen Partei die Fortsetzung des Vertrages bei billiger und objektiver Beurteilung der Sachlage nicht zugemutet werden könne.

c) VERTRAGSAUFLÖSUNG AUS WICHTIGEM GRUND

aa) Zulässigkeit der Vertragsauflösung aus
wichtigem Grund bei Dauerverträgen

aaa) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei
im OR geregelten Dauerverträgen

Vorn wurde gezeigt, dass das OR die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei zahlreichen Dauerverträgen kennt (1). Ihnen liegt ein allgemeines Vertrauensverhältnis zugrunde. Wird dieses erheblich gestört, steht der betroffenen Partei das Recht zu, den Dauervertrag aufzulösen, wenn ihr die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann (2).

bbb) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund
beim Sukzessivlieferungsvertrag

Die Lehre hat die Auflösbarkeit von Dauerverträgen aus wichtigem Grund als allgemeinen Grundsatz erkannt. Auch der SLV ist zu den Dauerverträgen (im engen oder im weiten Sinn) zu zählen. Deshalb muss die Auflösung aus wichtigem Grund auch beim SLV zulässig sein (3).

1) Miete (Art. 269 OR); Pacht (Art. 291 OR); Arbeitsvertrag (Art. 337 OR); Agenturvertrag (Art. 418r OR); Verpfründung (Art. 527 OR); einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7, Art. 545 Abs. 2 OR).

2) Ausführlich vorn S. 110 ff.

3) Ausführlich vorn S. 112 f. und die dort zitierte Literatur.

bb) Mangelhafte Lieferung als möglicher,
wichtiger Grund zur Auflösung des
Sukzessivlieferungsvertrages

Leistet der Lieferant eine (oder mehrere) mangelhafte Warenrate(n), so kann der Abnehmer den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung aufgrund von Art. 97 OR verlangen (1), wenn ihm infolge der mangelhaften Lieferung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Es muss also geprüft werden, ob mit der mangelhaften Lieferung die Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfüllt seien. Der konkrete Vertrag und die gesamten Umstände der Vertragsverletzung sind in die Wertung einzubeziehen (2):

Ausnahmsweise kann schon die Lieferung einer mangelhaften Warenrate den Abnehmer berechtigen, vom ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV abzugehen. Verursacht beispielsweise eine einzelne Lieferung beim Abnehmer einen grossen Mangelfolgeschaden, so kann ihm nicht mehr zugemutet werden, auch noch die restliche Ware zu beziehen. Eine Mangellieferung genügt auch, "wenn sich aus der Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung ergibt, dass der Verkäufer überhaupt nicht im Stande ist, vertragsgemäss zu liefern" (3). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist mittels

1) Vgl. die analoge Lösung bei Verzug: Vorn S. 102, 125.

2) Vgl. vorn S. 111 f.

3) BGE 26 II 716.

der weiteren Umstände der Vertragsverletzung zu untersuchen. Wenn beispielsweise wegen des Umbaus einer Brauereianlage nur noch schlechtes Bier produziert wird und der Fehler innert angemessener Frist nicht behebbar ist, so muss der Abnehmer den Vertrag auflösen können (1). Der Umstand allein, dass der Abnehmer an der Ware ein besonderes Interesse hat, vermag zur Begründung der Vertragsauflösung nicht zu genügen (2): Ob bereits mit einer Vertragsverletzung die Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfüllt sind, ist nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Kriterien zu entscheiden (3).

Leistet der Lieferant **mehrmals** mangelhaft, so ist der Abnehmer berechtigt, den noch nicht erfüllten Teil des SLV aufzulösen (4). Aufgrund der wiederholten Vertragsverletzungen ist es für den Abnehmer nicht mehr zumutbar, weiterhin an den vertragsbrüchigen Partner gebunden zu sein. Er hat daher das Recht, den noch nicht erfüllten Teil des SLV aufzulösen und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung aufgrund von Art. 97 OR zu verlangen.

Nach Treu und Glauben muss der Abnehmer vor der Ausübung des Auflösungsrechtes dem Lieferanten androhen, dass er auf die weitere Abwicklung des SLV verzichten werde, wenn die zukünftigen Raten wiederum Mängel aufweisen soll-

1) Hürlimann, S. 25.

2) a. A.: Hürlimann, S. 24.

3) Vgl. vorn S. 112.

4) Hürlimann, S. 25; BGE 41 II 738.

ten. Der Lieferant muss wissen, dass von seinem künftigen Verhalten die Weiterabwicklung des verbleibenden Vertragsteiles abhängt.

Schliesslich ist festzuhalten, dass das Recht, den noch nicht erfüllten Teil des SLV aus wichtigem Grund aufzulösen, unabhängig davon besteht, ob der Abnehmer für das einzelne Leistungspaar Wandelung oder Minderung geltend macht (1). Auch wenn der Abnehmer das **Minderungsrecht** ausübt, muss er den nicht erfüllten Vertragsteil auflösen können, wenn wichtige Gründe gegeben sind: Wird beispielsweise Kohle mit einem zu niedrigen Heizwert geliefert, so macht der Abnehmer für die mangelhafte Lieferung zweckmässiger Weise vom Minderungsrecht Gebrauch, wenn er die Ware trotzdem verwenden kann und ein Rücktransport Umtriebe verursachen würde. Trotzdem kann der Abnehmer aber, nach vorangegangener Androhung, den noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen, wenn er weiterhin nicht vertragsgenügende Ware erhält. In diesem Fall ist ihm eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zuzumuten.

1) In Lehre und Rechtsprechung wird das Vertragsauflösungsrecht häufig mit dem Wandelungsrecht verknüpft: Giger, Art. 209, N 14; Oser/Schönenberger, Art. 209, N 5.

3. Zusammenfassung

Der Abnehmer kann somit das Wahlrecht gemäss Art. 205 ff. OR für das einzelne Leistungspaar ausüben, innerhalb welchem der Lieferant mangelhafte Ware geliefert hat (1). Der Abnehmer kann zudem bei mangelhafter Lieferung den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und gemäss Art. 97 OR Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung verlangen, wenn ihm nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (2).

1) Vgl. vorn S. 136 ff., bes. 142 ff.

2) Vgl. vorn S. 148 ff., bes. 156 ff.

§ 17 NACHTRÄGLICHE LIEFERUNGSUNMÖGLICHKEIT IM SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAG

I. ALLGEMEINES

1. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit

Um **anfängliche** (oder **ursprüngliche**) Unmöglichkeit handelt es sich, wenn diese schon im Zeitpunkt der Entstehung des Vertrages vorhanden ist (1). In diesem Fall ist der Vertrag nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR). Er gilt als nicht zustande gekommen (2). Auf die anfängliche Unmöglichkeit soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.

Nachträgliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn diese erst nach Vertragsabschluss eintritt. Bei nachträglicher, unverschuldeter Unmöglichkeit kommt Art. 119 OR zur Anwendung. Im Fall von verschuldeter Unmöglichkeit gilt Art. 97 OR. Nachträgliche Unmöglichkeit kann objektiv, d.h. für jedermann oder subjektiv nur für den Schuldner bestehen. Sie kann infolge tatsächlicher Gründe (z. B. Naturereignis) oder rechtlicher Gründe (z. B. Einfuhrverbot) eintreten (3). Die Unmöglichkeit der Leistung muss von der Leistungs-

1) von Tuhr/Siegwart/Peter, § 31, N 73, S. 263.

2) Guhl/Merz/Kummer, § 7, II, 1, S. 39.

3) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 68, N 1 ff., S. 93 f.

erschwerung unterschieden werden. Letztere befreit den Schuldner nicht. Er bleibt beispielsweise auch zur Leistung verpflichtet, wenn die Ware an einem anderen als bei Vertragsabschluss angenommenen Ort beschafft werden muss oder wenn der Warenpreis inzwischen gestiegen ist. Ob "Uner-schwinglichkeit" der Leistung der Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR gleichgestellt werden soll, ist in der Doktrin um-stritten (1).

2. Nachträgliche Unmöglichkeit des Lieferanten

Nachfolgend soll nur auf die nachträgliche Unmöglich-keit des **Lieferanten** eingegangen werden: Der Abnehmer kann sich nicht wegen Geldmangels auf Unmöglichkeit berufen. "Das moderne Schuldrecht beruht ... auf dem ... Rechtsge-danken, dass der Schuldner seine Verpflichtung ... zu einer Geldzahlung nicht unter Berufung auf mangelnde Vermögens-mittel bestreiten kann" (2). Der Abnehmer kann sich "durch Berufung auf Geldmangel nicht der Verurteilung, sondern nur der Vollstreckung entziehen" (3).

1) Dieser Ansicht: von Tuhr/Sieewart/Escher, § 68, N 17 ff., S. 95 f.; Schubiger, S. 19;
kritisch: von Büren, § 7, N 115, S. 390; Guhl/Merz/Kum-mer, § 38, V, 5, S. 276.

2) von Tuhr/Sieewart/Peter, § 7, N 7, S. 46.

3) von Tuhr/Sieewart/Escher, § 68, N 25, S. 96.

II. NACHTRÄGLICHE LIEFERUNGSUNMOGLICHKEIT

1. Rechtsfolgen der nachträglichen Lieferungs- unmöglichkeit für das einzelne Leistungspaar

a) BEGRENZTE UNMOGLICHKEIT

Während der Abwicklung eines SLV kann eine nachträgliche, begrenzte Unmöglichkeit bezüglich einer (oder mehreren) Warenrate(n) eintreten. Dabei kann es sich um eine teilweise oder zeitweise Unmöglichkeit handeln (1). Eine teilweise Unmöglichkeit liegt beispielsweise vor, wenn der Lieferant das vereinbarte monatliche Quantum einer Ware in der vertraglich festgelegten Menge nicht herstellen und deshalb nicht liefern kann, weil an den Produktionsanlagen ein Schaden aufgetreten ist. Um eine zeitweise Unmöglichkeit handelt es sich, wenn die gesamte Produktion vorübergehend wegen eines Streiks still steht. In den genannten Beispielen sind die Voraussetzungen der begrenzten (teilweisen oder zeitweisen) Unmöglichkeit nur erfüllt, wenn die Ware weder am Lager vorrätig noch auf dem Markt erhältlich ist. Ob eine begrenzte Unmöglichkeit vorliegt, wodurch die einzelnen Forderungen aufgehoben werden (Art. 119 Abs. 1 OR), oder nur eine Leistungsverzögerung, welche nach Wegfall des Hinderungsgrundes behoben werden muss, ist aufgrund des konkreten Vertrages zu entscheiden (2).

1) Gauch, S. 128 f.

2) von Tuhr/Siegwart/Escher, § 68, N 26, S. 96.

Die begrenzte Unmöglichkeit hat grundsätzlich Wirkungen nur für das einzelne Leistungspaar. Der noch nicht erfüllte Teil des SLV ist davon nicht betroffen (1).

aa) Kein Verschulden des Lieferanten

Trifft den Lieferanten an der sich auf eine (oder mehrere) Warenrate(n) begrenzenden Unmöglichkeit kein Verschulden, so gilt die entsprechende Forderung des Abnehmers als erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR). Das gleiche gilt für die Geldforderung des Lieferanten. Der Abnehmer kann schon geleistete Preisraten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (Art. 119 Abs. 2 OR).

Nach Art. 119 Abs. 3 OR sind diejenigen Fälle ausgenommen, "in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht": Im SLV ist die geschuldete Ware der Gattung nach bestimmt (2). Sie muss daher, damit Nutzen und Gefahr auf den Erwerber übergehen, "ausgeschieden und, wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben sein" (Art. 185 Abs. 2 OR). Unter Ausscheidung der Ware ist eine nach aussen hervortretende Handlung zu verstehen, von welcher der Erwerber Kenntnis nehmen kann (3). Solange dies nicht

1) Guhl/Merz/Kummer, § 41, II, 6, S. 310; Hürlimann, S. 54.

2) Vgl. vorn S. 27 f.

3) Giger, Art. 185, N 30.

geschehen ist, trägt der Lieferant/Verkäufer die Gefahr der zufälligen Verschlechterung und des zufälligen Untergangs der Ware. Nach Ausscheiden der Ware und Abgabe zum Versand beim Distanzgeschäft muss der Abnehmer/Käufer die Warenrate auch dann bezahlen, wenn sie untergegangen ist oder eine Verschlechterung erlitten hat (1). Nutzen und Gefahr gehen nicht auf den Erwerber über, falls "besondere Verhältnisse oder Verabredungen" dies ergeben (Art. 185 Abs. 1 OR) (2).

bb) VERSCHULDEN DES LIEFERANTEN

Trifft den Lieferanten an der sich auf eine (oder mehrere) Rate(n) begrenzenden Unmöglichkeit ein Verschulden, so hat er gemäss Art. 97 OR den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (3). Wenn beispielsweise der Maschinenschaden, welcher zum Produktionsengpass und damit zur begrenzten Unmöglichkeit führte, auf einem Verschulden des Lieferanten beruht, dann muss dieser dem Abnehmer für den aus der Nichteinhaltung des Vertrages entstehenden Schaden eintreten.

1) Giger, Art. 185, N 27 ff.

2) Vgl. die Kritik an der Gefahrtragungsregel und die Tendenz, diese einzuschränken: Giger, Art. 185, N 74 f.; Bucher, ZSR 89 I (1970) S. 283 ff.

3) Bucher, § 25, V, S. 417.

2. Rechtsfolgen der nachträglichen Lieferungs- unmöglichkeit für den noch nicht erfüllten Teil des Sukzessivlieferungsvertrages

a) VOLLIGE UNMOGLICHKEIT

Nach Vertragsabschluss kann eine völlige Unmöglichkeit eintreten, die geschuldete Ware zu liefern. Dies trifft dann zu, wenn die Lieferung **vollständig** und **dauernd** unmöglich ist (1). Vollständige Unmöglichkeit liegt beispielsweise vor, wenn der Schaden an den Produktionsanlagen zum totalen Produktionsausfall führt und die Ware nicht andersweitig beschafft werden kann. Die Lieferung ist dauernd unmöglich, wenn der Maschinenschaden innerhalb der Vertragsdauer nicht behoben werden kann.

Von der völligen Lieferungsunmöglichkeit ist der **ganze noch nicht erfüllte Teil des SLV betroffen**. Eine völlige Unmöglichkeit tritt aber im Zusammenhang mit dem SLV nur selten ein: Da die geschuldete Ware der Gattung nach bestimmt ist (2), muss der Lieferant solange leisten, als Ware derselben Gattung vorhanden ist und er aus der Gattung liefern kann (3). Handelt es sich um eine beschränkte Gattungsschuld, so kann eine völlige Lieferungsunmöglichkeit leichter eintreten (4): Dies trifft beispielsweise dann

1) Gauch, S. 120 f.

2) Vgl. vorn S. 27 f.

3) von Tuhr/Sieewart/Escher, § 68, N 13a, S. 95.

4) von Tuhr/Sieewart/Peter, § 8, N 17 ff., S. 57.

zu, wenn der Lieferant Ware aus einem **bestimmten** Lager schuldet, dieses aber durch einen Brand vernichtet worden ist.

aa) Kein Verschulden des Lieferanten

Beweist der Lieferant, dass ihn an der völligen Unmöglichkeit kein Verschulden trifft, so gelten die Forderungen des Abnehmers bezüglich aller noch nicht erfüllten (unmöglichen) Warenraten als erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR). Der Lieferant verliert die entsprechenden Gegenforderungen, und der Abnehmer kann bereits geleistete Preisraten zurückfordern (Art. 119 Abs. 2 OR).

bb) Verschulden des Lieferanten

Ist die völlige Unmöglichkeit durch den Lieferanten verschuldet, so haftet er gemäss Art. 97 OR für den daraus entstehenden Schaden (1).

1) Bucher, § 25, V, S. 417; von Tuhr/Siegwart/Escher, § 68, N 2 f., S. 93 f.

b) BEGRENZTE UNMOGLICHKEIT

Vorn wurde festgehalten, dass die begrenzte Unmöglichkeit in der Regel Wirkungen nur für das einzelne Leistungspaar hat (1). Unter gewissen Voraussetzungen kann sich die begrenzte Unmöglichkeit aber auch auf den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auswirken.

aa) Zulässigkeit der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund beim Sukzessivlieferungsvertrag

Das OR lässt die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei zahlreichen Dauerverträgen zu, und die Lehre hat die Auflösbarkeit von Dauerverträgen aus wichtigem Grund als allgemein gültigen Grundsatz anerkannt. Weil der SLV zu den Dauerverträgen (im engen oder weiten Sinn) zu zählen ist, muss die Auflösung aus wichtigem Grund auch bei diesem Vertrag zulässig sein (2).

1) Vgl. vorn S. 162 ff.

2) Ausführlich vorn S. 110 ff. und die dort zitierte Literatur.

bb) Begrenzte Unmöglichkeit als möglicher, wichtiger Grund zur Auflösung des Sukzessivlieferungsvertrages

Wird die Lieferung einer (oder mehrerer) Warenrate(n) während der Abwicklung des SLV unmöglich, so kann der Abnehmer den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung aufgrund von Art. 97 OR verlangen, wenn ihm infolge der eingetretenen, begrenzten Unmöglichkeit die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Es ist also zu untersuchen, ob mit der begrenzten Unmöglichkeit die Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfüllt seien. Dabei müssen der Vertrag und die gesamten Umstände, welche zur Lieferungsunmöglichkeit geführt haben, berücksichtigt werden (1):

Ist die Lieferung nur einer Warenrate unmöglich, so sind die Voraussetzungen des wichtigen Grundes in der Regel nicht erfüllt und der Abnehmer kann nicht auf die Weiterabwicklung des SLV verzichten. Betrifft die Lieferungsunmöglichkeit aber mehrere Raten, so ist es für den Abnehmer unzumutbar, weiterhin an den Vertrag gebunden zu sein. Er hat daher das Recht, den noch nicht erfüllten Teil des SLV aufzulösen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung aufgrund von Art. 97 OR zu verlangen. Gleich ist zu entscheiden, wenn die Dauer der zeitweisen Unmöglichkeit (2) nicht voraussehbar ist oder wenn die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich eine zeitweise Unmöglichkeit in Zukunft wiederholen werde.

1) Vgl. vorn S. 111 f.

2) Vgl. vorn S. 162.

3. Zusammenfassung

Die **begrenzte, nachträgliche Unmöglichkeit** wirkt in der Regel nur für dasjenige Leistungspaar, innerhalb welchem die Lieferung der Warenrate unmöglich ist (1). Der Abnehmer kann aber bei begrenzter, nachträglicher Unmöglichkeit den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und gemäss Art. 97 OR Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn ihm nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (2).

Die **völlige, nachträgliche Unmöglichkeit** hat Wirkungen für den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV (3).

1) Vgl. vorn S. 162 ff.

2) Vgl. vorn S. 168.

3) Vgl. vorn S. 165 f.

4. KAPITEL

VERTRAGSBEENDIGUNG

§ 18 ORDENTLICHE BEENDIGUNG DES SUKZESSIONSLIEFERUNGSVERTRAGES

I. ALLGEMEINES

Ein Vertrag wird **ordentlich** beendet, indem er ohne Störung der Vertragsabwicklung aufgrund von Parteivereinbarung oder Gesetz zu Ende geht. Um eine **ausserordentliche** Beendigung handelt es sich, wenn der Vertrag infolge einer Störung der Vertragsabwicklung vorzeitig sein Ende findet (1). Anschliessend soll die ordentliche Beendigung des SLV durch Erfüllung, Zeitablauf oder Kündigung besprochen werden.

1) Gauch, S. 27.

II. ERFÜLLUNG

Oft wird im SLV die zu liefernde Gesamtmenge einer Ware genau festgelegt (1). Der Umfang der einzelnen Warenraten sowie der Zeitpunkt ihrer Lieferung kann bei Vertragsabschluss noch offen bleiben. So können die Parteien beispielsweise die Lieferung von 100 t Getreide vereinbaren, lieferbar auf Abruf. In diesem Fall geht der SLV mit der Erfüllung der geschuldeten Leistung, d. h. mit der Lieferung der gesamten Warenmenge zu Ende.

III. ZEITABLAUF

Die Parteien können auch davon absehen, die zu liefernde Warenmenge genau zu bestimmen, und nur die Zeitspanne festlegen, innerhalb welcher Lieferungen erfolgen sollen. So kann sich beispielsweise ein Unternehmer verpflichten, den gesamten Heizölbedarf seiner Fabrik während drei Jahren beim gleichen Händler zu beziehen. Bei diesem Beispiel findet der SLV mit dem Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer sein Ende.

1) In diesem Fall handelt es sich um einen Dauervertrag im weiten Sinn: Vgl. vorn S. 23 ff.

IV. KUENDIGUNG

1. Vertragliche Kündigung

In SLV, welche weder durch Erfüllung noch durch Zeitablauf zu Ende gehen, vereinbaren die Vertragspartner in der Regel ein Kündigungsrecht (1). Häufig wird in solchen Verträgen zum Schutze der Parteien vor unerwarteter und verfrühter Kündigung eine Kündigungsfrist festgelegt: Ein Unternehmer verpflichtet sich beispielsweise, den gesamten Heizölbedarf, welcher in seiner Fabrik entsteht, beim gleichen Lieferanten zu beziehen. Beide Parteien können den SLV unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen.

2. Gesetzliche Kündigung

Wenn ein SLV weder durch Erfüllung noch durch Zeitablauf beendet wird und zudem keine Kündigungsklausel enthält, muss jeder Vertragspartei trotzdem das Recht zustehen, den Vertrag zu kündigen. Ein "ewiger" Dauervertrag würde die wirtschaftliche Freiheit der Vertragspartner

1) Enthält ein SLV eine Kündigungsklausel, handelt es sich meistens um einen Dauervertrag im engen Sinn: Vgl. vorn, S. 23 ff.

übermässig beschränken und wäre daher unsittlich (Art. 20 OR, Art. 27 ZGB) (1). Der Richter muss deshalb den SLV ergänzen und ein Kündigungsrecht für beide Parteien festsetzen (2). Er hat unter Berücksichtigung des Vertrages, der Verkehrssitte und der gesamten Umstände zu entscheiden, ob die Kündigung sofort oder nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist zulässig sein soll. Eine allgemeine Regel kann hier nicht aufgestellt werden. Massgebende Kriterien sind die Intensität der vertraglichen Beziehung und der (berechtigte) Schutz vor unerwarteter Kündigung: Bestehen zwischen den Parteien enge wirtschaftliche Beziehungen und hat die sofortige Vertragsauflösung für den Betroffenen schwerwiegende Folgen, so muss dies in der Dauer der Kündigungsfrist entsprechend berücksichtigt werden.

1) Guhl/Merz/Kummer, § 7, II, 3, S. 40 f.

2) Lehre und Rechtsprechung sehen bei übermässigen Verpflichtungen von einer Nichtigkeit des gesamten Vertrages ab und lassen eine Reduktion der übermässigen Verpflichtung auf das sittlich vertretbare Mass zu: Guhl/Merz/Kummer, § 7, II, 4, S. 42 f.; Bucher, § 15, VIII, 5, S. 234 ff.; BGE 93 II 300; 62 II 35 f.

§ 19 AUSSERORDENTLICHE BEENDIGUNG DES SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAGES

I. VOLLIGE UNMÖGLICHKEIT

Bei völliger, nachträglich eingetretener Unmöglichkeit des Lieferanten gelten die davon betroffenen Forderungen des Abnehmers als erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR). Der Lieferant verliert zudem die entsprechenden Gegenforderungen (Art. 119 Abs. 2 OR). Wenn der Lieferant die Unmöglichkeit zu verantworten hat, haftet er gemäss Art. 97 OR für den daraus entstehenden Schaden (1). Mit dem Eintritt der völligen Unmöglichkeit geht der SLV infolge der Vertragsabwicklungsstörung vorzeitig zu Ende (2).

II. AUFLÖSUNG DES SUKZESSIVLIEFERUNGSVERTRAGES AUS WICHTIGEM GRUND

Vorn wurde gezeigt, dass der noch nicht erfüllte Teil des SLV aufgelöst werden kann, wenn mit Verzug, Schlechterfüllung oder begrenzter, nachträglicher Unmöglichkeit bezüglich einer (oder einzelnen) Rate(n) die Voraussetzungen

1) Vgl. vorn S. 165 f.

2) Vgl. vorn S. 170.

des wichtigen Grundes erfüllt sind: Die von der Vertragsverletzung betroffene Partei kann den SLV auflösen, wenn ihr nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (1). **Mit der Auflösung aus wichtigem Grund** geht der SLV infolge der Vertragsabwicklungsstörung vorzeitig zu Ende (2).

1) Vgl. vorn S. 114 f., 130 f., 156 ff., 168.

2) Vgl. vorn S. 170.

5. KAPITEL

RUECKBLICK UND ZUSAMMENFASSUNG

1. Begriff und Rechtsnatur

Beim SLV handelt es sich um einen einheitlichen Innominat- und Dauervertrag mit Kaufcharakter, in welchem der Lieferant die in der Regel der Gattung nach bestimmte Ware in sukzessiven, beschränkt selbständigen Raten gegen Entgelt des Abnehmers schuldet (1):

Der SLV ist ein **Dauervertrag** (im engen oder weiten Sinn), weil sich die Vertragsabwicklung für beide Parteien über eine Zeitspanne von einer gewissen Dauer erstreckt (2). Er bezweckt den Austausch von Ware gegen Geld, weshalb es sich um einen Schuldvertrag **mit Kaufcharakter** handelt. Da das Gesetz den für den SLV typischen Austausch von Ware gegen Geld in der Form eines Dauervertrages nicht regelt, ist er zu den **Innominatverträgen** zu zählen (3). Der SLV ist ein **einheitlicher Vertrag**, in welchem die geschuldete Ware in der Regel **nach der Gattung bestimmt** ist (4). Die

1) Vgl. vorn S. 8.

2) Vgl. vorn S. 23 ff.

3) Vgl. vorn S. 16 f.

4) Vgl. vorn S. 26 ff.

einzelne Rate hat eine **selbständige Stellung**, da sie auf einer besonderen, aus dem SLV hervorgehenden Forderung beruht. Die Stellung ist aber nur **beschränkt** selbständig, indem alle Raten im einheitlichen SLV wurzeln und die Vertragsverletzung mit einer (oder einzelnen) Rate(n) zur Auflösung des gesamten noch nicht erfüllten Vertragsteiles führen kann (1). Die Lieferung der Ware erfolgt **sukzessive**, d. h. in zeitlich aufeinanderfolgenden Raten (2).

2. Abgrenzungsprobleme

Das **Wiederkehrschuldverhältnis** unterscheidet sich nicht grundsätzlich vom SLV, weshalb auf diesen Begriff verzichtet werden kann (3).

Der SLV kann zum **Alleinvertriebsvertrag** ergänzt werden, indem die Parteien zusätzlich das Alleinvertriebsrecht und die Absatzförderungspflicht des Abnehmers im Vertrag vereinbaren (4).

Beim SLV steht die Sachleistung im Vordergrund. Darin unterscheidet er sich vom **Werklieferungsvertrag**, bei welchem die Arbeitsleistung prägendes Merkmal ist (5).

1) Vgl. vorn S. 34 ff.

2) Vgl. vorn S. 37 f.

3) Vgl. vorn S. 49 ff.

4) Vgl. vorn S. 52 f.

5) Vgl. vorn S. 54 ff.

Der **Abzahlungsvertrag** weist eine vom SLV grundsätzlich verschiedene Natur auf: Er zielt nicht darauf ab, eine nach der Gattung bestimmte Ware in grösseren Mengen umzusetzen. Gegenstand des jeweiligen Abzahlungsvertrages sind nicht Massengüter, sondern einzelne Objekte. Der Abzahlungsvertrag unterscheidet sich vom SLV dadurch, dass dem Käufer die Erleichterung ermöglicht wird, den Preis nicht auf einmal, sondern in Raten zu bezahlen und dennoch sofort über die gewünschte Ware verfügen zu können (1).

3. Vertragsabwicklungsstörung

Der Lieferant kann das Wahlrecht gemäss Art. 107 ff. und Art. 214 OR für dasjenige Leistungspaar ausüben, innerhalb welchem der Abnehmer **mit der Zahlungsrate in Verzug** ist (2). Der Lieferant kann zudem bei Zahlungsverzug des Abnehmers den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und gemäss Art. 97 OR Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung verlangen, wenn ihm nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (3).

Der Abnehmer kann das Wahlrecht gemäss Art. 107 ff. und Art. 190 OR für dasjenige Leistungspaar ausüben, inner-

1) Vgl. vorn S. 58 ff.

2) Vgl. vorn S. 90 ff.

3) Vgl. vorn S. 96 ff.

halb welchem der Lieferant mit der Sachleistungsrate in Verzug ist (1). Der Abnehmer kann zudem bei Verzug des Lieferanten den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und gemäss Art. 97 OR Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung verlangen, wenn ihm nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (2).

Der Abnehmer kann das Wahlrecht gemäss Art. 205 ff. OR für dasjenige Leistungspaar ausüben, innerhalb welchem der Lieferant mangelhafte Ware geliefert hat (3). Der Abnehmer kann zudem bei mangelhafter Lieferung den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und gemäss Art. 97 OR Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung verlangen, wenn ihm nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (4).

Die begrenzte, nachträgliche Unmöglichkeit hat Wirkungen nur für dasjenige Leistungspaar, innerhalb welchem die Lieferung der Warenrate unmöglich geworden ist (5). Der Abnehmer kann aber bei begrenzter, nachträglicher Unmöglichkeit den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV auflösen und gemäss Art. 97 OR Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn ihm nach Treu und Glauben nicht mehr

1) Vgl. vorn S. 117 ff.

2) Vgl. vorn S. 122 ff.

3) Vgl. vorn S. 136 ff.

4) Vgl. vorn S. 148 ff.

5) Vgl. vorn S. 162 ff.

zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen (1). Die völlige, nachträgliche Unmöglichkeit hat Wirkungen für den ganzen noch nicht erfüllten Teil des SLV (2).

4. Vertragsbeendigung

Um eine **ordentliche Vertragsbeendigung** handelt es sich, wenn der SLV durch Erfüllung, Zeitablauf oder Kündigung ohne Störung in der Vertragsabwicklung zu Ende geht (3).

Eine **ausserordentliche Beendigung** liegt vor, wenn der SLV wegen völliger, nachträglicher Unmöglichkeit oder wegen Auflösung aus wichtigem Grund vorzeitig infolge der Vertragsabwicklungsstörung beendet wird (4).

1) Vgl. vorn S. 167 f.

2) Vgl. vorn S. 165 f.

3) Vgl. vorn S. 170 ff.

4) Vgl. vorn S. 174 f.

Lebenslauf

Ich wurde am 7.5.1952 in Zürich geboren. Hier besuchte ich die Primarschule und anschliessend das Freie Gymnasium Zürich, welches ich im Herbst 1972 mit der Maturitätsprüfung (Typus B) abschloss. Im Sommer 1973 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und wurde am 10.11.1978 zum Lizentiaten der Rechtswissenschaft promoviert. Von Januar 1979 bis März 1980 arbeitete ich als Auditor am Bezirksgericht Pfäffikon ZH. Anschliessend verfasste ich die Dissertation. Im Juli 1980 verheiratete ich mich mit Fräulein Verena Welte von Küsnacht ZH. Am 26. Mai 1982 bestand ich die Doktorprüfung. Das Studium und das Verfassen der Dissertation wurden durch längere Militärdienste unterbrochen.

